ملاحظة: تم التصحيح،
ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـــ.

الفقه

الجزء السادس والخمسون



الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الوديعة ـــ العارية

دار العلوم

بيروت لبنان

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـــ ـــ ١٩٨٨م

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

كتاب الوديعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الوديعة

والغالب أن يكون على أسلوب الشرائع.

وهي واحدة الودائع، يقال: أودعته مالاً، أي دفعته إليه يكون وديعةً عنده، وأودعته أيضاً إذا دفع إليك مالاً يكون وديعة عندك فقبلتها، وهو من الأضداد، كذا قال بعضهم، لكن فيه نظر من وجوه:

الأول: ما ذكرناه في بعض مباحث الفقه وغيره من أنه لا دليل على أنه يوجد في اللغة ألفاظ أضداد، بل المادة إذا كانت واحدة دلت على المعنى العام المطرد في جميع الصيغ، مثلاً قالوا: القرء بمعنى الطهر والحيض وهو من ألفاظ الضداد، لكن الظاهر أنه من قرء وهو الجمع، ومنه القراءة بجمع الكلمات في اللفظ، وحيث إن في كل من الحيض والطهر جمع للدم في الأول وللرحم في الثاني قيل لكل قرء، وهكذا سائر ألفاظ الأضداد.

الثاني: إن اختلاف اسم الفاعل والمفعول من الإيداع بالمودِع بالكسر والمودَع عنده بالفتح يدل على عدم صحة أن أودعته لكليهما وإلا لم يختلفا في اسمي الفاعل والمفعول، فتأمل.

الثالث: إن تعريف الوديعة بواحدة الودايع دوري كما هو واضح، اللهم

إلاّ إذا أريد التقريب إلى الذهن، كما يكثر ذلك في اللغة حيث لا يجدون علاجاً إلا عن مثل ذلك في التعاريف.

ثم حيث إن المادة في الوديعة والوداع واحدة فالجامع ذهاب إنسان وترك شيء من كلام أو بضاعة أو نحوهما عند المفارق عنه، ولذا إذا ذهب و لم يقل له شيئاً لا يقال ودّعه، والإنسان الوديع لسكون ريحه كأن الريح وديعة عنده لا يتصرف فيها بخلاف المهتاج، وتاء الوديعة كتاء الوثيقة باعتبار الموصوف الذي هو العين.

وعلى أي حال، فقد قال في الشرائع: (والنظر في أمور ثلاثة:

الأول: في العقد وهو استنابة في الحفظ).

أقول: حيث إن الوديعة بمعنى العين فقولهم: كتاب الوديعة، يراد به الكتاب المتعرض للعقد أو للمعنى الصادر من المودع، أو للمعنى الصادر من المستودع عنده، أو للحقيقة الاعتبارية المتحققة بينهما، وحيث قد ألمعنا إلى مثل ذلك في كتاب البيع فلا داعي إلى تكراره، لكن الظاهر أنهم يريدون المعنى الأخير، فتفسيره بالاستنابة لا بد أن يراد به الاستنابة المتعقبة بالقبول، وإلاّ فصرف المعنى المتحقق من المودع دون قبول المستودع لا يطلق عليه في العرف الوديعة.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر قائلاً: (الظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والإجارة ونحوها، فيأتي البحث حينئذ في أنها أسماء للعقود أو لآثارها وغاياتها المترتبة عليها، أو للمعنى الصادر من الموجب وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا ... والأصح الأخير، أو أن مرجع الجميع إلى معنى واحد)[1].

والظاهر تحققها باللفظ وبالمعاطاة المتحققة بالفعل أو الإشارة أو الكتابة، لما ذكرناه في كتاب البيع من الدليل بعد وحدته في المقامين، بل في سائرأقسام العقود أيضاً، كما ألمعنا إليه هناك.

---

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص٩٦.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (قد ذكرنا في بعض المباحث[1] أن بعضهم ادعى حصول هذه الأسماء بواسطة العقد وغيره، فالبيع مثلاً يحصل بالعقد وغيره وهو المسمى في عرفهم بالمعاطاة، والظاهر أن الأمر هنا عنده كذلك لاشتراكهما في دعوى السيرة القطعية على وقوعها بغير العقد على أنها وديعة، وإن كان قد يقال بل يقوى إن ما يقع بغير ما ذكروه من عقدها المتوسع فيه وفي غيره من العقود الجائزة أمانة لا وديعة بحيث يجري عليه حكمها المختص بها كقبول دعوى الرد فيها ونحوه وإن - كان يطلق عليه اسم الوديعة تسامحاً، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعية، نحو إطلاقهم اسم البيع على إباحة العين من كل وجه بعوض عنها كذلك. ثم إن الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه - بالألفاظ دون الأفعال، والمركب منها ومن الأقوال، لكن قد يظهر من المصنف وجماعة بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالإيجاب اللفظي والقبول الفعلي، ولم نجد له شاهداً، فإن المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولي والقبول القولي وألفاظهما هي المسماة بصيغ العقود، نعم لا ينكر تحقق اسم الأمانة مثلاً بالمفروض وبغيره من الفعلين، وذلك لا يقتضي تحقق اسم العقد بل ولا اسم الوديعة)[2].

ثم إن الوديعة من العقود لا الإيقاعات، بخلاف الإذن الذي هو إيقاع من طرف واحد ويبطل بإبطال الإذن، فإنه إذا كان من باب الإذن ورفضه الطرف لم يسقط الإذن، بخلاف ما إذا كان عقداً.

وربما يطلق الوديعة على ما يأخذه الإنسان بإذن الشارع، لكن ذلك ليس من العقد في شيء، كما أنه إذا أخذه الإنسان لا بإذن الشارع ولا إذن المودع كالغصب أيضاً يطلق عليه الوديعة، لاعتبار أنه أمانة عنده، فالوديعة في هذين المقامين بمعناها اللغوي، وكون الوديعة المذكورة في هذا الكتاب عقداً

(١) في الجواهر: (وقد ذكر هناك).

(٢) جواهر الكلام: ج٢٧ ص٩٦ــ ٩٧.

يشهد له العرف، فإن كلاً من العقد والإيقاع ــ مما جعل الشارع له أحكاماً عامة لكل عقد بمثل ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] أو لكل إيقاع ــ موضوعه يؤخذ من العرف وأحكامه يؤخذ من الشرع.

ولذا قال في الجواهر: لا خلاف ممن يعتد به ولا إشكال في اعتبار إنشائية الربط بين الإيجاب والقبول في الوديعة مثلاً، سواء كانت بالأقوال أو الأفعال نحو البيع والصلح والإجارة وغيرها من العقود لا أنها من الإذن والإباحة التي لم يلحظ فيها الربط بين القصدين والرضا من الطرفين نحو إباحة الطعام.

ثم إن الشرائع قال: (ويفتقر إلى إيجاب وقبول).

أقول: لكنا ذكرنا في كتابي البيع والنكاح إمكان الإيجابين، فإن كل واحد منهما ينشئ إنشاءً مرتبطاً بالإنشاء الآخر، سواء كان في عرض واحد أو في الطول، كالتسالم باللفظ أو المصافحة باليد.

أما قوله بعد ذلك: (ويقع بكل عبارة دلت على معناه) فقد عرفت وجه ذلك في بعض الكتب السابقة، لأنه لا دليل على عبارة خاصة، سواء كان اللفظان حقيقيين أو مجازيين أو بالاختلاف.

وحيث لم يحتج إلى اللفظ أصلاً قال بعد ذلك: (ويكفي الفعل الدال على القبول)، بل قد عرفت كفاية الفعل الدال على الإيجاب أيضاً.

ولم يعرف وجه الغرابة والأغربية الذي ذكرهما الجواهر بقوله: وظاهرهما الاكتفاء به في تحقق العقدية، قالوا لكونه أصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول.

وأغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياساً على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك أيضاً حيث قال: وأما الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة أم لا نظراً إلى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعة شرعية.

ثم إن كفاية الإيجاب بالفعل صرح به في مجمع البرهان والكفاية والرياض كما في مفتاح الكرامة، وحكاه في الدروس عن التذكرة، بل مقتضى ما ذكرناه كفاية كل شيء دال عليهما من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك، والذي منه أنه لو قال: أودعني دابتك، فأرسل إليه الدابة، فإنه تعد وديعة لها أحكامها، لأن العرف يراها ذلك فيشملها الأدلة.

ثم إن جماعة من الفقهاء ذكروا أن على مشروعية الوديعة الأدلة الأربعة:

وذكروا من الكتاب قوله سبحانه: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[(1)].

وقوله تعالى: ﴿فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾[(2)].

لكن في المناهل قد يناقش في دلالة الآيتين على المدعى بأن وجوب رد الأمانة لا يستلزم مشروعية الوديعة وجوازها وإن كانت فرداً من أفراد الأمانة بوجه من الوجوه، وإلا لزم جواز الغصب لأن المغصوب أمانة يجب ردها فتأمل، وهو كما ذكره.

نعم دلالة السنة والإجماع والعقل عليها لا غبار عليها.

وقد روى العامة والخاصة أنه (صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودائع لما كان في مكة لأنهم يعدونه أميناً صادقاً فيستودعونه الأمانة حتى بعد إظهاره النبوة، فلما أراد الهجرة قال لعلي (عليه السلام): ردها إلى أهلها، كما في التواريخ المشهورة[(3)].

كما أن العامة رووا عن أبي بن كعب، كما في التذكرة،

---

(١) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١٢.

أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[1]، لكن الاستدلال بذلك فيه ما عرفت.

وكيف كان، فالروايات الناصة على لفظ الوديعة والتي تدل على لفظ الأمانة التي هي أعم كثيرة:

فعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[2].

وعن زرارة قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعة الذهب والفضة، قال: فقال: «كل ما كان من وديعة و لم تكن مضمونة لا تلزم»[3].

إلى غيرهما.

أما الروايات الدالة على لفظ الأمانة فهي فوق حد التواتر:

فعن أبي كهمس، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): عبد الله بن أبي يعفور يقرؤك السلام، قال: «وعليك وعليه السلام، إذا أتيت عبد الله فأقرأه السلام وقل له: إن جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به علي (عليه السلام) عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأمزمه، فإن علياً (عليه السلام) إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) بصدق الحديث وأداء الأمانة»[4].

وعن إسحاق بن عمار وغيره، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لا تغتروا بكثرة صلاهم ولا بصيامهم، فإن الرجل ربما لهج بالصلاة والصوم حتى لو تركه استوحش، لكن اختبروهم عند صدق الحديث وأداء الأمانة»[5].

وفي رواية أخرى: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا تنظروا إلى طول ركوع الرجل وسجوده فإن ذلك شيء اعتاده، فلو تركه استوحش لذلك، ولكن انظروا إلى صدق حديثه وأداء أمانته»[6].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من الوديعة ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح ٤.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢١٨ الباب ١ من الوديعة ح١.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢١٨ الباب ١ من الوديعة ح٢.

(٦) الوسائل: ج١٣ ص٢١٨ الباب ١ من الوديعة ح٣.

وعن حنان بن سدير، عن أبيه، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قال أبو ذر: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: «حافتا الصراط يوم القيامة الرحم والأمانة، فإذا مر الوصول للرحم المؤدي للأمانة نفذ إلى الجنة، وإذا مر الخائن للأمانة القطوع للرحم لم ينفعه معهما عمل وتكفأ به الصراط في النار»[1].

إلى غيرها من الروايات الكثيرة.

قال في الشرائع: (ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها).

أقول: وهو مقتضى القاعدة، لأن الوديعة إما شرعية وإما مالكية، والوديعة الشرعية في المقام لا دليل عليها، والوديعة المالكية عقد يتحقق بالإيجاب والقبول، فكما لا تتحقق الوديعة بالقبول بدون الإيجاب كذلك لا تتحقق بالإيجاب دون القبول، سواء كان القبول قولاً أو فعلاً أو كتابةً أو إشارةً أو ما أشبه ذلك، فإن لم يكن أي قبول لم تتحقق الوديعة.

ولا فرق في عدم ضمان المطروحة عنده بين أن يترك الطارح الوديعة ويذهب، أو يبقى هناك، كما لا فرق في عدم ضمان الطرف إذا لم يقبلها بين أن يقول أو يفعل شيئاً يزعم صاحب الوديعة أنه قبلها أو لا، لأن الزعم لا يؤثر في الواقع.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال: (يأثم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر وإعانة المحتاج فيكون واجباً على الكفاية).

فإن قوله ذلك إنما يصح فيما إذا حصلت الوديعة الشرعية، لإيجاب الشارع الحفظ في مثله لأهميته لا مطلقاً، وعليه فإشكال الجواهر على المسالك مطلقاً غير ظاهر، فإن الإشكال على بعض صوره على ما عرفت.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢١٩ الباب ١ من الوديعة ح٤.

ثم حيث لم يدل دليل على لزوم تحقق القبول بعد الإيجاب فوراً، فإذا قبل الموضوع عنده بعد مدة صار بعد القبول وديعة، فإذا تلف بعضه قبل ذلك وبعضه بعد ذلك بالتفريط ضمن البعض الذي حصل التفريط فيه بعد القبول.

والظاهر عدم اشتراط القبض في تحقق الوديعة، وإنما القبول وحده كاف، سواء كان قبولاً قولياً أو فعلياً، بأقسام الفعلية من الإشارة والكتابة وغيرهما، إذ لا دليل على أن القبض محقق للعقد، فالأصل عدمه.

وإذا أظهرالقبول لفظاً ثم قال: زعمت أنه هدية والقبول كان لها لا للوديعة، أو أخذها وقال بعد ذلك: إنه قبض ما زعمه هدية أو نحوها لا الوديعة، كان القول قوله لأنه أعلم بنيته، وليس عليه إلاّ اليمين في مقام التنازع.

ولو قبلها بزعم أنه هدية ثم قال المالك إنه وديعة، فاللازم أن يردها عليه لا أن يتركها وشأنها حتى يتلف لدليل «على اليد»، فإنه مطلق في كل يد تحققت، سواء كان بزعم الهدية أو الهبة أو الوديعة أو الغصب أو غيرها إلاّ ما خرج، ولا دليل على خروج المقام حتى يكون تركها غير موجب للضمان.

ولو تركها عند نفرين فقبل أحدهما ضمن حصته إن قصد الحصة، وإن قصد الكل فيما قصد المودع الأعم ضمن الكل تبعاً لكون الكل وديعة عنده.

ولو كانت الوديعة لاثنين فتركاها عند واحد فقبل ما لأحدهما دون الآخر، صار وديعة بالنسبة إلى المقبول دون غير المقبول.

ولو كان التارك طفلاً أو مجنوناً لم تتحقق الوديعة وإن قصد القبول، وإنما تكون أمانة شرعية إن لمسها أو كان من الواجب عليه حفظها على ما تقدم.

ولو كان المودع عنده صغيراً أو مجنوناً أو ما أشبه لم تتحقق الوديعة وإن قبلها، لما سيأتي من اشتراط أن يكون كل واحد من المودع والمستودع عنده

بالغاً عاقلاً.

قال الصادق (عليه السلام) كما في رواية الدعائم: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعة فأتلفها فلا ضمان عليه»[1].

إلى غير ذلك من الشرائط.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في الأدلة التي أقامها بعضهم، كما في المناهل وغيره، على وجوب الحفظ وأنه يصبح وديعة، مثل قولهم: إنه أحوط.

ومثل ما تمسك به في التذكرة من أنه لو كان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانة نفسه و لم يكن هناك غيره فالأقوى أنه يجب عليه القبول لأنه من المصالح العامة.

ومثل أن القبول إعانة على البر فيجب لعموم قوله تعالى: ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾[2].

وأن ترك القبول إضرار بالغير، وهو غير جائز لعموم قوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»[3].

وأن العمومات الدالة على وجوب قضاء حاجة المؤمن يشمل المقام خرج منها بعض الأفراد، ولا دليل على خروج محل البحث منها، فيبقى مندرجاً تحتها.

إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفة التي لا تتمكن مقاومة تسلط الناس على أنفسهم، وأن الغير لا يتمكن من خرق هذه السلطة إلاّ بدليل شرعي وهو مفقود في المقام.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أكره على قبضها لم تصر وديعة ولا يضمنها لو أهمل) وهو كما ذكره، وقد ذهب إلى ذلك كل من النافع والقواعد والإرشاد والتحرير واللمعة والروضة والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية وغيرهم، على ما حكي عن بعضهم، لأن شرط صحة الوديعة القبول اختياراً للأدلة العامة، بل عن الرياض نفي الخلاف فيه، وذلك لأنه لا يتحقق (عقودكم) المستفاد من قوله سبحانه:

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموت ح٣ و٥.

(أوفوا بالعقود)[1] إلاّ بالاختيار، وإلا لجرى مثل ذلك في جميع العقود والإيقاعات وهو مقطوع العدم.

هذا بالإضافة إلى دليل رفع الإكراه وغيره، كما لأنه لو أكره المودع على الإيداع وهو لا يريده لا يتحقق بذلك الوديعة، وإن ادعى أحدهما الإكراه فليس عليه إلاّ اليمين، لأنه أعلم بنيته وقصده.

ثم إن المسالك قال: (يجب تقييده ـــ ما في المتن ـــ بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وإن لم يجب بالإكراه، وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية، يحتمل الأول لأن المالك قد أذن له واستنابه في الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الآن، والمقارنة بين الإيجاب والقبول غير لازمة، ومن إلغاء الشارع ما وقع سابقاً فلا يترتب عليه أثر، ويشكل بأن إلغاءه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالك، ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنية الاستيداع وعدمه فيضمن على الثاني دون الأول إعطاءً لكل واحد حكمه الأصلي)[2].

لكن مقتضى القاعدة أنه إن بقي الإيجاب وقصد القبول كان وديعة مالكية، لتحقق ركني العقد فيما نحن فيه، وإن لم يبق الإيجاب ووضع يده عليها باعتبار إرادته الغصب أو نحو ذلك كما إذا زعم أنه مات وهو وارثه فوضع يده عليه باعتبار أنه إرثه أو ما أشبه ذلك فهو أمانة شرعية.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في الرياض حيث قال: (وكذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقاً إلا مع الإتلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) مسالك الأفهام: ج٥ ص٨٠ ـــ ٨١.

حينئذ جداً لعموم الخبر المتقدم، وهل تصير بذلك حينئذ وديعة لا يجب ردها إلا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه، أو أمانة شرعية يجب إيصالها إلى المستحق فوراً وبدونه يضمن مطلقاً، وجهان)، إلى أن قال: (والأول لا يخلو من وجه وإن كان الثاني أوجه).

ثم لا فرق في الإكراه بين المودع والمستودع، وبين أن يكون المكرِه بالكسر أحدهما أو الثالث، كما لا فرق بين الإكراه والإلجاء، نعم الاضطرار غير مناف لتحقق الوديعة كعدم منافاته لتحقق سائر العقود، ولذا لو اضطر إلى بيع داره لمعالجة ولده صح البيع، لما ذكرناه في بعض مباحث الفقه من أن الشارع لو رفعه في أمثال المقام لزم جعل الشارع المضطر أكثر اضطراراً، وهو معلوم العدم لمنافاته للامتنان الظاهر من دليل الرفع.

وعلى أي حال فإن كان المودِع مضطراً لم يكن دليل على الوجوب على المستودع، نعم إذا كان شيئاً يريد الشارع حفظه وجب على المستودع عيناً أو كفايةً إذا كانوا جماعة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المناهل حيث قال: (إذا أكره المودع المستودع على قبولها وكان المودع مضطراً إلى الإيداع فصرح في الروضة بأنه يجب على المستودع إعانته عليه، فيجب عليه القبول والحفظ ويضمن بتركه ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين صورتي انحصار من يصلح لحفظ الوديعة في المستودع وعدمه وفيه نظر، بل الظاهر عدم الوجوب في الصورة الأخيرة، وأما الوجوب في الأولى ففيه إشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط).

اللهم إلاّ إذا أراد الاحتياط المستحب كما هو ظاهر قوله (لا ينبغي)، وإن كان الفقهاء يذكرون (لا ينبغي) في مورد المنع وفي مورد الكراهة معاً حسب معناه اللغوي

الذي هو أعم منهما ومن المستحيل، كما قال سبحانه: ﴿وما ينبغي للرحمان أن يتخذ ولدا﴾[1].

كما منه يظهر وجه النظر في قول الجواهر: (لو كان المودع والمستودع مكرهين يجب على المستودع حينئذ الحفظ باعتبار استيلاء اليد لا لكونها وديعة، بل قد يقال بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثية حتى في صورة إكراه المستودع أو المودع خصوصاً مع كون المكره أجنبياً، وخصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البر).

فإنه لم يعلم وجه الأصل ولا الخصوصية بعد ما عرفت من رفع الإكراه وأن ذلك مناف لسلطنة الناس على أنفسهم.

ولو قبل الوديعة ثم ادعى أنه كان مكرهاً فلم تحصل الوديعة المالكية لم يقبل قوله، لأصالة الصحة في العقود، إلا أن يثبت بالدليل خلافه، كما هو كذلك في سائر المعاملات، نعم لو علم من نفسه أنه كان مكرهاً صح على نفسه ترتيب آثار الإكراه، وكذلك بالنسبة إلى كل من علم بذلك، ولو شك في أنه كان مكرهاً حين أخذها أو لا فالأصل يقتضي الصحة، على ما حقق في كتاب البيع وغيره.

والظاهر اشتراط إمكان حفظ الوديعة، بأن يكون المستودع في طاقته الحفظ، فلو أودعه مالاً في محل اللصوص بحيث لا يتمكن من حفظه قطعاً، أو حيواناً في المأسدة بما ليس من طاقته الحفظ، أو أودعه مالاً في محل السيل أو البركان أو ما أشبه ذلك مما يتعذر الوديعة في مثله لم يكن من الوديعة في شيء، فلا يضمن، وليس أمانة الشرعية أيضاً لأن الشارع لا يكلف الإنسان فوق طاقته، قال سبحانه:

(١) سورة مريم: الآية ٩٢.

﴿لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها﴾[1]، وقال سبحانه: ﴿ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به﴾[2] .

أما إذا كان عسراً أو حرجاً وقد قبله فهو وديعة مالكية، لجواز أن يتحمل الإنسان العسر إلا إذا كان من العسر غير الجائز تحمله، كما ذكروا تفصيل ذلك في القسمين من الصوم حيث إنه إذا كان عسراً لا يجوز تحمله بطل وإن كان عسراً يجوز تحمله صح.

ومنه يعلم حال ما إذا كان القبول ضررياً، حيث يفرق بين الضرر الحرام تحمله والضرر الجائز تحمله، فيكون في الثاني وديعة دون الأول.

ثم قال الشرائع: (وإذا استودع وجب عليه الحفظ).

والمراد به الاستيداع مع القبول كما هو واضح، إذ قد عرفت أنه بدون القبول لا يجب عليه شيء، كما أن ذلك إنما هو فيما إذا دخلت الوديعة تحت يده لا ما إذا أجرى العقد فقط بدون تسليم المودع الوديعة للمستودع، وقد صرح بوجوب الحفظ غير واحد من الفقهاء كما حكي عن الغنية والنافع والتبصرة والإرشاد والقواعد والتحرير واللمعة والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض.

وفي الجواهر بلا خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، مضافاً إلى ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً وعقلاً والسنة المتواترة وإجماعاً بقسميه، وإلى كونه مقدمة لوجوب أداء الأمانة وردها إلى مالكها، ولا ينافي ذلك جواز الوديعة، فإن المراد ما دام مستودعاً، أو التخيير بينه وبين الرد إلى المالك.

قال سبحانه: ﴿والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون﴾[3] .

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٣) سورة المؤمنون: الآية ٨.

وروى الهمداني، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين»[١].

وعن عنبسة بن مصعب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلاّ أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصة»[٢].

وعن عمر بن أبي حفص، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل علي ائتمنني على أمانة لأديتها إليه»[٣].

وعن أبي شبل، قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام) ابتداءً منه: «أحببتمونا وأبغضنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم في هدنة وأدوا الأمانة، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعتمونا، فاتقوا الله وأدوا الأمانة إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً وإن كان شامياً»[٤].

وعن عبد الله القرشي، إن رجلاً قال لأبي عبد الله (عليه السلام): الناصب يحل لي اغتياله، قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام)»[٥].

وعن الحسين الشباني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم وأنه وقع لهم عنده وديعة، فقال (عليه السلام): «أدوا الأمانة إلى أهلها وإن كانوا مجوساً فإن ذلك لا يكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم»[٦].

---

(١) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١ وذيله و٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١ وذيله و٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١ وذيله و٢.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعة ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعة ح٤.

(٦) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من الوديعة ح٥.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل ولد الأنبياء»[1].

وعن الحسين بن أبي العلاء، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن الله عزوجل لم يبعث نبياً إلاّ بصدق الحديث وأداء الأمانة إلى البر والفاجر»[2].

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) في وصيته له: «اعلم أن ضارب علي (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأديت الأمانة»[3].

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن يعني موسى (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلاً مالاً له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شيء والرجل الذي استودعه خبيث خارجي فلم أدع شيئاً، فقال لي: «قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله»، قلت: فرجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها، قال: «ليمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملك»[4].

أقول: وذيل الحديث غير الأمانة كما هو واضح.

وعن محمد بن علي الحلبي قال: استودعني رجل من موالي آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله (عليه السلام) فذكرت ذلك له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبي (عليه السلام) كان يقول: إنما نحن فيهم بمنزلة هدنة، نؤدي أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرقت الأهواء لم يسع أحداً المقام»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٦.

(٢) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٧.

(٣) الوسائل: ج١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٨.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من الوديعة ح٩.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من الوديعة ح١٠.

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) في حديث في الأمانة، إلى أن قال: «دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانة إلى البر والفاجر وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبة وحسن الجوار»[1].

وعن الحسين بن مصعب قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (عليه السلام) يقول: «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل الحسين بن علي (عليه السلام)»[2].

وعن أبي حمزة الثمالي، قال: سمعت سيد العابدين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب (عليهم السلام) يقول لشيعته: «عليكم بأداء الأمانة، فو الذي بعث محمداً (صلى الله عليه وآله) بالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي (عليه السلام) ائتمنني على السيف الذي قتله به لأديته إليه»[3].

وفي حديث الأربعمائة، عن علي (عليه السلام) قال: «أدوا الفريضة والأمانة إلى من ائتمنكم ولو إلى قتلة أولاد الأنبياء»[4].

إلى غيرها من الروايات الكثيرة، وإن كان في دلالة بعضها تأمل.

ثم الظاهر أن الوجوب غيري لا نفسي، لأنه هو المتفاهم عرفاً، فإذا لم يحفظ الأمانة لكنه أداها في الوقت المناسب لم يفعل حراماً يزيل عدالته، بخلاف ما إذا قلنا بكونه واجباً نفسياً فإنه يكون عاصياً خارجاً عن العدالة غير مقبول الشهادة ولا صالحاً للإمامة.

ومنه يظهر الإشكال في إشكال المناهل في المسألة حيث قال: (المسألة محل إشكال من إطلاق كلام الأصحاب بوجوب الحفظ ودعوى الإجماع والأصل في

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٣.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٤.

الوجوب أن يكون نفسياً، ومن شيوع استعمال لفظ الوجوب في كلامهم في الشرطي بحيث صار من المجازات الراجحة المساوي احتمالها لاحتمال الحقيقة أو صار من الأفراد الشائعة التي لا ينصرف إليها الإطلاق، فلا يبقى لكلامهم ظهور في إرادة النفسي، فيبقى أصالة البراءة عنه المؤيدة بخلو الأخبار وكلام الأصحاب عن الإشارة إليه سليمة عن المعارض، وكيف كان فالأحوط هو الأول).

ثم لو قلنا بأن الوجوب نفسي فلا دليل على أن الترك من الكبائر، ويؤيد ما ذكرناه من الغيرية ما رواه الفقيه عن الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) في حديث المناهي، أنه نهى عن الخيانة وقال: «من خان أمانة في الدنيا ولم يردها إلى أهلها ثم أدركه الموت مات على غير ملتي، ويلقى الله وهو عليه غضبان، ومن اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذي خانها»[1].

فإن قوله (صلى الله عليه وآله): «ولم يردها» مما هو تفسير لخان، ظاهر في أن المعيار الرد، ويؤيده أن صدق الحديث الذي ذكر في سياقه هو عبارة عن الصدق واقعاً وعدم الصدق واقعاً لا عن غير ذلك، فالخيانة أيضاً مثل ذلك.

نعم ربما يقال إنه يصدق (خان) فيما إذا تركها في معرض الضياع، كما إذا أودع عنده فتاة فتركها عند الفسقة وإن لم ينالوها بسوء من باب الاتفاق، أو ترك الشاة المودعة عنده في المذئبة، وهكذا.

ولا يخفى أن وديعة الإنسان أيضاً من جملة الودائع، فعن حفص بن قرط قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): امرأة بالمدينة كان الناس يضعون عندها الجواري

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٢.

فيصلحن وقلنا ما رأينا مثل ما صب عليها من الرزق، قال: «إنها صدقت الحديث وأدت الأمانة وذلك يجلب الرزق»[1].

وعلى أي حال فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول المسالك: (من أن قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثقاً بالحفظ قبولها منه كفاية، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، وفي هذين الفردين وجوب الحفظ واضح، وقد يكون مستحباً مع قدرته وثقته من نفسه بالأمانة وكون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونة على البر الذي أقل مراتب الأمر به الاستحباب وقضاء حوائج الإخوان، وقد يكون محرماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانة بما فيه من التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه).

إذ قد ظهر مما تقدم عدم استقامة الإطلاق في الأمثلة التي ذكرها وإن كان بعضها صحيحاً في الجملة.

كما أن إطلاق قول الجواهر عليه بأنه (قد يناقش في أصل الوجوب فيما فرضه لأصالة براءة الذمة من وجوب حفظ مال الغير) محل نظر، لأنه ربما يجب حفظ مال الغير فيما إذا كان مالاً كثيراً لا يريد الشارع ضياعه، وكذلك فيما إذا كانت الوديعة بنتاً أو ولداً حيث يجب حفظهما من الضياع والفساد.

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢١٩ الباب ١ من كتاب الوديعة ح٥.

ومنه يعلم وجه الكلام في قول مفتاح الكرامة: (قضية إطلاق الفتاوى قاطبة أنه متى قبل وجب عليه الحفظ، سواء وجب عليه القبول عيناً أو كفايةً، أو استحب له، أو حرم عليه، كما إذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه وقد قبل، فوجوب الحفظ في الأول ظاهر، وأما إن كان له فيه على نفسه أو غيره ضرر فإنه يجب عليه ردها، ولو أبقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالأمانة الشرعية، كما إذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده).

ثم لا يخفى أنه إن قصد القربة في أخذ الأمانة وحفظهما أثيب، وإلا فلا يجب قصد القربة للأصل، بل في المناهل ظهور الاتفاق على عدم وجوب قصد القربة، ولا يبعد ذلك لأنهم لم يتعرضوا لقصد القربة، بينما إذا كان واجباً تعرضوا له.

ثم قال في المناهل: (لا يجب عليه الحفظ إلى أن يسترجع المالك، لأن له أن يردها عليه متى شاء، لأن الوديعة من العقود الجائزة، فهو واجب ما دامت عنده) وهو كما ذكره، نعم إذا كانت الوديعة ضمن شرط في عقد لازم وجب.

ثم قال المناهل: (صرح في المسالك والكفاية والرياض بأنه لا فرق في وجوب الحفظ بين علم المودع بأن المستودع لا حرز له أو لا، فلو أودعه دابة مع علمه بأن المستودع لا اصطبل له، أو مالاً مع علمه بأنه لا صندوق له لم يكن عذراً، ويضمن مع عدم الحفظ) وهو جيد.

وصرح في الأخيرين بأنه لا فرق في ذلك بين الحرز المملوك للمستودع وغيره، وهو أيضاً جيد.

ولو حفظه في مكان مغصوب فتلف من غير تعد ولا تفريط، فالأقرب عدم الضمان.

وفرعه الثاني والثالث واضح، أما فرعه الأول فيمكن أن يقال بعدم الضمان لأن المالك إذا علم بأنه لا حرز له فهو سبب عرفاً، فإذا كان أقوى من المباشر لم يكن عليه شيء، بل في تحقق عقد الوديعة حينئذ تأمل، فإذا أودعه

فتاة وهو لا يتمكن من حفظها، وهناك فساق يأخذونها قهراً على أي حال، فهل يقال إنه خان في الوديعة والأمانة، وهل يقال إن المستودع السبب، وكذلك المال والشاة في محل السراق والمذئبة، وظاهر دليل اليد: اليد القادرة لا اليد العاجزة.

ثم قال الشرائع: (ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهراً).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الأصل وقاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب والسنة والإجماع والعقل عدم استتباعها الضمان.

أقول: قد نقل هذا القول عن المراسم والغنية والنافع والتحرير والتذكرة والإرشاد والروضة ومجمع الفائدة والرياض وغيرها، وقد استدلوا له بقوله سبحانه: ﴿لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها﴾[1]، وقوله سبحانه: ﴿لا يكلف الله نفساً إلاّ ما آتاها﴾[2]، وقوله سبحانه: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[3] .

بالإضافة إلى دليل العقل والإجماع الذي قد عرفت لعدم الخلاف فيه، وجملة من الروايات:

مثل ما عن التذكرة حيث قال: هذا الحكم منقول عن علي (عليه السلام) وابن مسعود وجابر و لم يظهر مخالف لهم.

وخبر الحلبي الموصوف بالحسن تارة، وبالصحة أخرى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[4].

وخبر زرارة المتصف بالحسن والصحة أيضاً، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٧.

(٣) سورة التوبة: الآية ٩.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح١.

عن وديعة الذهب والفضة، قال: فقال: «كل ما كان من وديعة لم تكن مضمونة فلا يلزم»[1].

وخبر إسحاق بن عمار، الذي عده جملة من الفقهاء وغيرهم من الموثق، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: الذي كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنها كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم له إلاّ أن يقيم البينة أنها كانت وديعة»[2].

ورواية محمد بن مسلم الموصوفة بالصحة وغيرها، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»[3].

وصحيح الحلبي أو حسنه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق: «هو مؤتمن»[4].

وعن التذكرة، قال: روى العامة عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس على المستودع ضمان»، وقال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»[5].

وعن الجعفريات، بسند الأئمة (عليهم السلام) إلى علي بن أبي طالب (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس على المستودع ضمان»[6].

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح١.

(٣) انظر الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٥.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٢.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح١.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٣.

أو نسيها أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه»[1].

وعنه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «ليس على المستودع ضمان»[2].

وعنه (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[3].

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «ليس على المؤتمن ضمان»[4].

وعن جعفر بن محمد (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهبت الوديعة، وإن اتهم استحلف»[5].

ويؤيده مارواه الآمدي، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «أد الأمانة إذا ائتمنت ولا تتهم غيرك إذا ائتمنته، فإنه لا إيمان لمن لا أمانة له»[6].

أما قول الصادق (عليه السلام): «من استودع عبد أو وديعة فأتلفها فلا ضمان عليه»[7]، فالظاهر أن المراد أن الإتلاف كان عنده لا أنه أتلفها، لأن الإتلاف يكون مضموناً بلا إشكال ولا خلاف.

أما الضمان مع التفريط أو التعدي فلا إشكال فيه ولا خلاف أيضاً، وهو مقتضى دليل اليد بعد أن الخارج ما إذا لم يخن، والتعدي والتفريط يعدان من الخيانة بلا إشكال.

هذا مضافاً إلى مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد (عليه السلام)، قال: رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن إن شاء الله»[8].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٣.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٤.

(٥) المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح١.

(٦) المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٧.

(٧) المستدرك: ج٣ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٥.

(٨) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح١.

وفي صحيحة الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلك إحداهما أيكون حقه في الأخرى، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدري فعمى، أو ثياباً تركها مطوية لم يتعاهدها و لم ينشرها حتى هلكت، قال: «هذا نحو واحد يكون حقه عليه»[1]، كذا في الفقيه.

ومن ذيل الحديث يتبين أن إصابة الجدري الغلام كان بسببه، أو كان بإمكانه الدواء فلم يداو.

ومنه يعلم وجه النظر في شبهة جامع المدارك في التفريط حيث قال: (يمكن أن يقال: لا نسلم صدق الخيانة مع التفريط، فهل ترى أن من ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدرة يكون خائناً معذوراً من جهة عدم القدرة، أو ترى الفرق بين صورة القدرة وعدمها في صدق الخيانة).

هذا كله في الوديعة العقدية.

أما الوديعة المغصوبة ونحوها فالظاهر الضمان وإن لم يتعد و لم يفرط، وذلك لصدق دليل اليد بدون شمول أدلة الائتمان، كما إذا أخذ شاة الناس قهراً عليهم وحفظها لكن عقرباً لدغتها فماتت، أو خرب سقف المراح عليها فهلكت، حيث يصدق دليل اليد، ودليل عدم الضمان منصرف.

وإليه أشار الجواهر بقوله: (نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه، توجه الضمان حينئذ، لصدق الخيانة والتفريط معه، بل ربما ظهر من ثاني المحققين

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح١.

الضمان بمجرد إخباره بها وإن لم يكن على وجه السعاية، ومن آخر ذلك أيضاً بإخبار اللص وإن لم يعين له مكانها إلاّ إذا صادفها اللص مصادفة، خلافاً لمحكي التذكرة فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان بخلاف ما إذا عينه)[1].

ومنه يعلم وجه النظر في قوله بعد ذلك: (والتحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين وخصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان، ولو للشك في الاندراج تحت ما جعله عنواناً له من التعدي والتفريط، لأن عموم ما على اليد ونحوه مخصص بقاعدة الائتمان، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذي يرجع عليه في جميع هذه الأفراد وهو المراد من الفقيه تحريره لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط لمشخصاتها الحالية وغيرها).

مع أنه نوع تدافع بين كلاميه حيث عنون أولاً أخذها قهراً منه، وثانياً قوله مخصص بقاعدة الائتمان وليس هنا ائتمان.

ثم إن التعدي والتفريط أمران متقابلان، أما قول القواعد في موجبات الضمان: (وينظمها شيء واحد وهو التقصير) فالظاهر أن مراده الأعم، وإلا فالتقصير بمعنى السلب لا يشمل التعدي بمعنى الإيجاب، وقد فهم مفتاح الكرامة ذلك منه حيث قال: (الوديعة تستتبع أمرين: الضمان عند التلف والرد عند البقاء، لكن الضمان لا يجب على الإطلاق، بل إنما يجب عند وجود أحد أسبابه وينظمها شيء واحد وهو التقصير، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع).

ولذا قال في المناهل: (لا إشكال ولا شبهة في أن المستودع يضمن بالتعدي أو التفريط، وقد صرح بضمانه بهما في الشرائع واللمعة والروضة والكفاية والرياض، وقد صرح فيه بنفي الخلاف في ذلك. والمراد بالتعدي مخالفة المالك فيما أمره به وفعل ما يجب تركه، كما صرح به في التنقيح والمسالك والكفاية والرياض،

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٠٢ ــ ١٠٣.

والمراد بالتفريط هو أن يقتصر في الحفظ عادة ويترك ما يجب فعله، كما صرح به في التنقيح والمسالك والروضة والكفاية والرياض، وفيه وضابطه ما يعد تفريطاً. وصرح في القواعد والتحرير والتذكرة بأن سبب الضمان واحد وهو التقصير)[1].

وإن كان فيه تأمل، لأن المراد بالتعدي أعم من مخالفة المالك، كما أن ما ذكره الرياض من أن ضابطه ما يعد تفريطاً فيه تأمل أيضاً، إذ ليس التفريط في رواية أو آية حتى يكون هو المحور بل الخيانة.

وعلى أي حال، فالأصل عدم الضمان إلاّ ما خرج، فلو شك في الخروج كان المتبع الأصل، أما ما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره فهو مؤل، أو محل الإعراض عن العمل به كما ذكره غير واحد.

وربما يقال: إن التعدي والتفريط إنما هو إذا كان ولو بدون الحرمة، كما إذا نسي الوديعة ففسدت أو رمى الحيوان الذي يريد افتراس الشاة فأصاب الشاة أو نحو ذلك، إذ هما واقعيان لا علميان، فليس من العذر أن يقول نسيت أو ما أشبه، نعم تظهر الثمرة بين العذر وغيره في العقاب والسقوط عن العدالة وما أشبه، فتأمل.

ثم إنه لا فرق في الأخذ من المودع عنده قهراً، بين أن يكون الآخذ بإلجاء أو باضطرار أو بإكراه أو في حال نومه أو نحو ذلك، سواء تولى الظالم أخذها من يده أو أمره بدفعها إليه بنفسه فدفعها إليه، وذلك لصدق الاضطرار والإكراه والجبر ونحوه في كلتا الصورتين، ولا ضمان عليه في هذه الصور وإنما الضمان على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه من الوجوه.

وهذا هو المنسوب إلى المشهور، والمخالف في المسألة على ما حكي أبو الصلاح وأبو المكارم والفاضل في التذكرة والتحرير، فجوزوا رجوع المالك إليه

---

(١) المناهل: ص٢٤١.

مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، وعللوه بأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم «على اليد»، لكن قالوا بأن قرار الضمان على الظالم، ولا يخفى ما في الدليل المذكور لأنه ليس بتفريط ولا تعدّ، وليس عمله هذا منافياً لدليل الائتمان وليس من الخيانة ونحوها، وقد تقدم أن دليل اليد لا يشمل مثل المقام، ولذا أشكل عليهم الجواهر بأنه مناف لإطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت، بل لقاعدة الإحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد.

ومنه يعلم الحال فيما إذا قصده الحيوان المفترس فأطلقه، أو سحبه الحيوان المفترس من يده، وكذلك إذا جرف به السيل أو نحو ذلك من الآفات التي لا يسمى ذلك خيانة أو تفريطاً أو ما أشبه، فإنه لا ضمان عليه.

ولا فرق بين أن يأمره الظالم بتسليمه له أو أمره بإتلافه أو تسليمه إلى حيوان مفترس أو شخص آخر أو ما أشبه ذلك، لما عرفت من الملاك بعد عدم شمول دليل اليد.

فقول الجواهر: (لا إشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة إتلافه بنفسه ولو على جهة الانتفاع به، لقاعدة الإتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعدة الائتمان، لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه لا أصل جواز الرجوع)، غير ظاهر الوجه.

إذ أي فرق بين إتلافه بأمر الغاصب أو تسليمه إلى الغاصب، وقوله بعد ذلك: ما عساه يقال بأنه مناف لقاعدة عدم ضمان الأمين بغير تعد وتفريط وخصوصاً الوديعة، يدفعه أن ذلك مترل على التلف في غير الفرض، إذ لم يعرف وجه التتريل المذكور بعد أن لم يكن ذلك بتعد أو تفريط أو خيانة أو ما أشبه مما يسبب الضمان.

ومن ذلك يظهر ضعف قول الفاضل بناءً على أن تسليمها إلى الظالم من

أقسام الإتلاف أيضاً، ومنهما يعلم الحال فيما إذا أتلفه لوجوبه عليه شرعاً، كما إذا قدم الحمار للأسد المريد افتراس القافلة ويعرض عنها بتقديم الحمار إليه، أو ألقى الوديعة في البحر لنجاة الركاب، واحتمال أنه ضامن لأنه من الجمع بين الدليلين كأكل المخمصة غير ظاهر بعد ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1] وما تقدم.

ولا فرق في الإكراه بين أن يكون إكراهاً فردياً أو أجوائياً، كما ذكرناه تفصيلاً في كتاب الاقتصاد، كأن أمر الظالم بأن يسلموا الشياة إليه في ظرف أسبوعين مثلاً وقد هيأ الأجواء بتوهين وإهانة الناس من تكون عنده شاة، فإنه وإن لم يكرهه بشخصه إلاّ أن مع عدم التسليم يكون الشخص مهاناً من الناس بما يعسر عليه تحمله، وحيث قد ذكرنا كثيراً من مسائل الإكراه في الطلاق وغيره فلا داعي إلى تكرارها، فإن المعيار في الجميع واحد.

ولو زعم الإكراه بأن كان المكرِه قد ذهب وقد أمرهم بإلقاء أمتعتهم في البحر و لم يعلم المستودع بذهاب المكره فألقاها فيه، فالظاهر أنه من الإكراه أيضاً إذا رآه العرف ذلك، فإن الإنسان مأمور بأن يفعل ما يأتي بنظره لا بالواقع، كما ذكرنا مثل ذلك في التصرف في مال الصغير وأنه من الإصلاح إذا كان إصلاحاً بنظره، فلا يقال إن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية لا الخيالية.

وعليه يحمل ما رواه ابن إسحاق، قال: كان لي ابن وكانت تصيبه الحصاة فقيل لي ليس له علاج إلاّ أن تبطه فبططته فمات، فقالت الشيعة: شركت في دم ابنك قال: فكتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر (عليه السلام)، فوقع (عليه السلام): «يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء إنما التمست الدواء وكان أجله فيما فعلت»[2].

(١) سورة التوبة: الآية ٩١

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٢١٢ الباب ٩٧ من أبواب أحكام الأولاد من كتاب النكاح ح١.

ومما ذكر يعلم أحكام هذا الباب الذي هو سيال في غيره أيضاً، كما لو أمره بضرب أو قتل بعض فضرب أو قتل حيث لم يكن ضامناً حتى في القتل، فيما إذا كان هناك أهم ومهم بما إذا لم يقتله مثلاً قتل جماعة مما يرجح الشارع ذاك عليه، ولو خيره المكرِه بين إعطاء ما لنفسه أو الوديعة فإن أعطاها له لم يستبعد عدم الضمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلي إكراه على كل فرد منه، كما إذا أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فإن طلاقه لكل واحدة منهما يقع باطلاً لأنه إكراهي، أما أن توجه الإكراه إلى مال الوديعة فإنه من الإكراه قطعاً وإن كان بالإمكان صرفه إلى مال نفسه.

ولو أكره المرأة على أن تعطيه الوديعة أو ينكحها متعة مثلاً فأعطت كان من الإكراه، وإن أمكن فرارها من إعطاء الوديعة إلى متعة نفسها التي هى محللة، اللهم إذا كانت عندها من العاديات.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب، بلا خلاف أجده فيه، لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق، وحينئذ لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لأنه تفريط حينئذ، وكذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على ما يندفع به منها لا للجميع وان احتمل التفريط، إلاّ أنه واضح الضعف لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين)، وهو كما ذكراه.

ومما تقدم يعلم أنه إذا توقف الدفع على اختفائه وجب الاختفاء، كما عن القواعد والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع الفائدة، لا لأن الحفظ واجب مقدمة، بل لأنه مقتضى الاستيمان فعدمه خيانة ويشمله دليل اليد.

نعم لو ترتب على الاختفاء ضرر عرفي أو عسر لم يجب، فاحتمال بعض عدم وجوب الاختفاء مطلقاً معللين بأنه ضرر على المستودع ضعيف.

وحيث قد عرفت عدم الفرق بين دفع الكل أو البعض فيما إذا اندفع الظالم بدفع البعض حيث لا ضمان، تعرف ما في الرياض من الفرق بينهما بكونه بأمر الشارع على الأول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح، وإن هي إلا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، وقد قالوا فيها بضمانها مع أنها ذاهبة على التقديرين، فتأمل.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنه لا ريب في ضمانه الثانية، فإن الأولى ذاهبة على كل حال منضمة إلى الأخرى أو مستقلة، فالتفريط حينئذ في الثانية لا فيهما معاً).

ولو توقف دفع الظالم على بذل شيء من مال نفسه أو وقته مما له ثمن أو ما أشبه ذلك، فالظاهر أنه يجب عليه ذلك ويأخذ من المودع، وذلك جمعاً بين دليل حفظ الأمانة ودليل عدم الضرر.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في المناهل حيث قال: (ولو توقف الدفع على بذل المستودع مالاً من نفسه ولم يكن فيه ضرر عليه، فهل يجب ذلك عليه أو لا، صرح بالثاني في الروضة، وفيه إشكال والأحوط الأول، بل لا يخلو عن قوة، فلو دفع بأن تبرع به فلا رجوع له على المالك، وكذلك إن قلنا بعدم وجوب الدفع كما صرح به في الروضة، وان لم يتبرع به بل نوى حين الدفع الرجوع على المالك فهل يستحقه حينئذ أو لا، فيه إشكال ومراعاة الاحتياط أولى وإن كان الثاني في غاية القوة).

إذ لم يعرف وجه القوة فيما ذكره بعد ما عرفت من أن الدفع والأخذ مقتضى الجمع بين الدليلين.

نعم إن دفع لم يكن له الحق أن يأخذ من الوديعة إذا لم يرض المالك بذلك وأراد الدفع من غيرها، إذ غاية الأمر وجوب تدارك ضرره، ولا يتحقق بهذا بخصوصه وإنما هو كلي يكون التخيير فيه بيد المالك.

ومما تقدم يعرف قوة ما في جامع المقاصد أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك، وقد مال إليه في الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم إلاّ به، والضرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استئذانه أو وليه، لكنك قد عرفت أنه ليس من باب المقدمة بل من باب الوجوب النفسي.

وعلى أي حال، فإشكال الجواهر عليهما بقوله: (لم أقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهة الإطلاق، وإن صرح به في المسالك، اللهم إلاّ أن يكون إجماعاً ولم نتحققه، والأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانة كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذ بالنسبة إلى المال واجب مشروط للأصل، ولو سلم فالمتجه وجوب بذل ما لا يضر بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقة، ولا يرجع به على المالك لأن دفعه حينئذ مقدمة لامتثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التي يفعلها مقدمة للحفظ، ولا يرجع بأجرة المثل في شيء منها). غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فيعلم مما تقدم أنه لو تمكن من دفع الظالم بجعل واسطة كما هو متعارف بالنسبة إلى الظلمة فيما يقبلون الوسائط، وجب ذلك، فلو تركها كان من الخيانة وضمن، كما أنه إذا تمكن من دفع الظالم بالشكاية إلى الحاكم وجبت عليه، وكذلك إذا تمكن التوسل بشخص قوي فلم يفعل.

ثم قال الشرائع: (ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال).

أقول: تقييد الشرائع الضرر بالكثير لأنه يجب تحمل الضرر اليسير الذي لو لم يتحمله رأى العرف أنه لم يعمل بمقتضى الأمانة وإنما خان فيها، أما ما أشكل عليه الجواهر بأن ما عساه يظهر من المصنف من كون مطلق أخذ المال وإن قل ضرر كثير واضح المنع، فلم يعرف وجهه، لأن الشرائع لم يقل إن مطلق أخذ المال ضرر كثير، بل قال لا يجب تحمل الضرر الكثير، وبينهما فرق واضح.

ولو تمكن من دفع الظالم بتسليم المال إلى المودع وجب، فإذا لم يفعل ذلك كان ضامناً له وضعاً كما أنه يكون خيانةً تكليفاً، ولو توقف دفع الظالم على كذب أو غيبة أو جرح أو ما أشبه فاللازم ملاحظة الأهم والمهم من ترك الواجب أو فعل الحرام.

ولا يخفى أن المركوز في أذهان المتشرعة أهمية حفظ الوديعة من غيبة أو كذب أو نحوهما، أما الجرح فيختلف من جهة الأهمية، فاللازم أن يراعى الأهم من الأمرين، ولو كانا متساويين تخير بينهما، فإذا سلمه إلى الظالم من جهة التخيير لم يكن ضمان.

ومنه يعلم أنه لو لم يدفع المال إلى الظالم انتهك عرض نفسه أو زوجته أو بنته أو أخته أو ما أشبه وجب عليه الدفع و لم يكن ضمان، لأن هتك العرض أهم في نظر الشارع من دفع المال.

ومما تقدم يظهر موضع القبول والرد في قول مناهج المتقين: (لو أراد الظالم أخذها منه، فإن لم يتمكن من دفعه فلا ضمان عليه، سواء انتزعها الظالم منه قهراً أو أجبره على الدفع بنفسه إليه على الأظهر.

نعم إن كان أخذ الظالم لها عن تفريط أو تعدية كإخراجها من الموضع الذي عينه المودع أو إعلامه الظالم بوجودها على وجه عد مفرطاً عرفاً ضمن، ولو تمكن المستودع من دفع الظالم وجب عليه دفعه ولو أهمل ضمن، ولو أمكن حفظ بعضها ببذل البعض الآخر وجب ولو أهمل ضمن البعض الممكن حفظه دون الجميع على الأظهر.

ولو توقف حفظ الوديعة على بذل شيء من ماله جاز له الدفع بقصد الرجوع على المودع فيرجع إليه بذلك، وهل يجب عليه ذلك، فيه تردد، والعدم أشبه.

ولو توقف الحفظ على بيع البعض لدفع ثمنه إلى الظالم، أو على بيع الكل ودفع بعض الثمن إليه جاز بإذن الحاكم مع إمكانه، ومطلقاً مع تعذر استيذان الحاكم أو تعسره، ولو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع).

إذ قد عرفت ما في الفروع الثلاثة الأخيرة من الإشكال.

ولو كانت الوديعة حيواناً يصيح مما يخبر اللصوص بمكانهم أو العدو أو نحو ذلك جاز قتل الحيوان لحفظ النفس أو المال الكثير أو ما أشبه ذلك، وإذا دار الأمر حينئذ بين ذبحه حتى يكون حلالاً يبقى بعضه للمالك لأن للمذبوح ثمناً، وبين قتله حيث لا يبقى للمالك شيء لحرمته بالقتل، قدم الأول، وإلا كان ضامناً لما يمكن إبقاؤه.

ثم إن المسالك قال: (إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها، لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة، لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع، يحتمله لأن الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله قدرها كبذلها، وعدمه لأن القدر المأذون فيه

شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو ههنا منتف، فلا يكون شرعياً.

وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر أو بجزء منه ليقصر عنها، وتترتب الفائدة، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع بشيء أصلاً مما يساويها، فإن غير المأذون في المساوي إنما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول، و لم أقف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره).

أقول: مقتضى القاعدة ملاحظة ما يسمى حفظاً للأمانة وأداءها، قال سبحانه: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[1]، إلى غير ذلك من الأدلة.

وإذا كان المالك يريد العين ولو بأضعاف قيمتها، لأنها ذكرى من أبيه أو لجهة أخرى نحو كونها تربة قبر الحسين (عليه الصلاة والسلام) التي يعتز بها ويشفي مرضاه بسببها، أو كان قرآناً من خط كبير من الكبراء، أو كتاباً خطياً أو نحو ذلك، لزم على المستودع بذل المال وإلا كان خائناً، وربما لا يكون كذلك فيلاحظ القيمة، وكذلك بالنسبة إلى وديعة العرض لأنه ليس المهم قيمة البضع أو الدية إلى غير ذلك، وكأن نظر المسالك إلى غير ما ذكرناه، وإلا كان محل نظر.

وقد أشار إلى ذلك الجواهر بقوله: (قد يقال: إن الوديعة إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عيناً فلا ريب في أن المتجه جواز الرجوع وإن بذل تمام القيمة، أما إذا لم تكن كذلك فلعل المدار على عدم المفسدة على المودع لا اعتبار المصلحة فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً).

---

(١) سورة النساء: الآية ٥٨

ثم إن توقف حفظ الوديعة على الكذب جاز، بل وجب وإلا كان ضامناً لأنه يعد من التفريط، والكذب في مثله ليس بحرام، لانصراف أدلته عنه، بل الأدلة على خلافه من أنه لا كذب في الإصلاح، والمركوز في أذهان المتشرعة أهمية حفظ الوديعة من غيبة أو كذب أو ما أشبه، أما الجرح فيختلف من جهة الأهمية على ما تقدم، فإطلاق جماعة كمناهج المتقين بأنه لو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع، غير ظاهر الوجه.

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في جواز الحلف للظالم لنجاة الوديعة.

وفي الشرائع: (ولو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف مورياً بما يخرج به عنالكذب)، لكن الظاهر عدم وجوب التورية لإطلاق الأدلة في الحلف في هذه المقامات.

وقد صرح بجواز الحلف في المقام المحكي عن الغنية والنافع والتذكرة والقواعد والتحرير والتبصرة والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وغيرهم.

واستدلوا لذلك بالإضافة إلى تصريح جماعة منهم بالإجماع، وبالاتفاق بما دل على نفي الحرج من الأدلة الأربعة، وما دل على عدم الضرر والضرار، وقوله سبحانه: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1]، وقوله سبحانه: ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾[2] وبأن الحلف مما لا يتم الواجب به وهو دفع الأمانة إلى أهلها، وما لا يتم الواجب إلاّ به واجب فيكون جائزاً، بالإضافة إلى أصالة الإباحة وغيرها، والعمدة هي الروايات المتواترة:

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢.

مثل ما رواه إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) في حديث، قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال: «لا جناح عليه»[1].

وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه، قال: «لا جناح عليه». وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله، قال: «نعم»[2].

وعن أبي الصباح قال: والله لقد قال لي جعفر بن محمد (عليه السلام): «إن الله علم نبيه التنزيل والتأويل فعلمه رسول الله (صلى الله عليه وآله) علياً (عليه السلام)، قال: وعلمنا والله»، ثم قال: «ما عملتم من شيء أو حلفتم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة»[3].

بضميمة شمول التقية لمثل المقام أيضاً.

وعن يونس، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليه السلام)، في رجل حلف تقية، فقال: «إن خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك، فإن لم تر أن ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم»[4].

وعن زرارة، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا إلاّ بذلك، قال: «فاحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد»[5].

وعن الصدوق، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «التقية في كل ضرورة، وصاحبها أعلم بها حين تنزل به»[6].

---

(١) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١ وذيله.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١ وذيله.

(٣) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٦.

(٦) الوسائل: ج١٦ ص١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٧.

وعن الحلبي، إنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله، قال: «نعم»[1].

وعن الصادق (عليه السلام): «اليمين على وجهين» إلى أن قال: «فأما الذي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً و لم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره»[2].

وعن معاذ بياع الأكسية، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا نُستحلف بالطلاق والعتاق فما ترى أحلف لهم، فقال: «احلف لهم بما أرادوا إذا خفت»[3].

وعن معمر بن يحيى، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): إن معي بضائع للناس ونحن نمر بها على هؤلاء العشار فيحلفون عليها فنحلف لهم، فقال: «وددت أني أقدر على أن أجيز أموال المسلمين كلها وأحلف عليها، كلما خاف المؤمن على نفسه في ضرورة فله فيه التقية»[4].

وعن إسماعيل الجعفي، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): أمرّ بالعشار ومعي المال فيستحلفوني فإن حلفت تركوني وإن لم أحلف فتشوني وظلموني، فقال: «احلف لهم»، قلت: إن حلفوني بالطلاق، قال: «فاحلف لهم»، قلت: فإن المال لا يكون لي، قال: «تتقي مال أخيك»[5].

وعن سماعة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا حلف الرجل تقية لم يضره إذا هو أكره واضطر إليه». وقال: «ليس شيء مما حرم الله إلاّ وقد أحله لمن اضطر إليه»[6].

وعن الحضرمي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): نحلف لصاحب العشور نجيز بذلك مالنا، قال: «نعم»[7].

---

(١) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٨.

(٢) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح٩.

(٣) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١٣.

(٤) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١٦.

(٥) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١٧.

(٦) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١٨.

(٧) الوسائل: ج١٦ ص١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح١٩.

إلى غيرها من الروايات، وأنت ترى أنه لم يذكر في هذه الروايات الكثيرة التورية فلا دليل عليها وإن ذهب إليها غير واحد من الفقهاء.

قال في المناهل: (وهل يجب عليه التورية في حلفه بما يخرج عن الكذب حينئذ، بأن يحلف ما استودع من فلان ويخصه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغاير لما استودعه، كما صرح به في الروضة والرياض، أو لا يجب ذلك، المعتمد هو الأول، كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وهو ظاهر الغنية والنافع والشرائع والقواعد والتبصرة والإرشاد والتحرير ومجمع الفائدة والكفاية والرياض).

ولذا قال في متاهج المتقين: (ولو ترك التورية وحلف كاذباً لم يأثم مع العجز عنها، بل ومع المكنة منها أيضاً على الاظهر).

ثم إنك قد عرفت عدم الفرق بين الكذب وغيره من المحرمات إذا كان هناك أهم ومهم، وعدم ذكرهم غيره من المحرمات لأن الكذب هو الغالب.

ثم لو ترك الحلف حيث وجب عليه فأخذها الظالم ضمنها، كما صرح به في جامع المقاصد والمسالك والكفاية وغيرها، لأنه يعدّ تفريطاً في الوديعة، والظاهر أن الحلف واجب تخييري لا أنه مستحب ولا واجب عيناً، إذ يخير بين أن يعطي بدل الوديعة أو أن يحلف لحفظها فيما إذا لم يكن غرض المودع العين وإلاّ وجب الحلف تعييناً.

لا يقال: اللازم الوجوب مطلقاً، لأن في ترك الحلف إعانة للظالم.

لأنه يقال: احترام اسم الله سبحانه وتعالى أن لا يحلف به أهم من ذلك، ولذا لم يحلف الإمام السجاد (عليه الصلاة والسلام) في قصة الخارجية وخسر أربعمائة

دينار[1]. كما أن احتمال وجوب أن يرد الوديعة على كل حال خلاف المرتكز في كثير من الودائع، ولبعض الروايات الخاصة:

مثل ما رواه حبيب الخثعمي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن، فقال: «لا يأخذ إلاّ أن يكون له وفاء»، قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه و لم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه، قال: «نعم»[2].

وعن عبد الله بن الحسن، عن جده علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها، فقال (عليه السلام): «إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويرد»[3].

وروى السرائر نقلاً عن جامع البزنطي صاحب الرضا (عليه الصلاة والسلام) قال: سألته، وذكر مثله.

ومنه يعلم لزوم حمل كلام القائل بالوجوب على ما ذكرناه، وإلا كان محل تأمل.

قال في المناهل: (هل الحلف حينئذ يتصف بالوجوب أو لا بل لا يتصف إلاّ بالجواز، المعتمد هو الأول كما صرح به في اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وهو ظاهر النافع والتبصرة، ولهم أولاً: ظهور الاتفاق عليه. وثانياً: ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك من أن الواجب وهو حفظ الوديعة يتوقف عليه فيكون واجباً، لأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب).

(١) الوسائل: ج١٦ ص١١٧ الباب٢ من كتاب الأيمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٢.

لكنك قد عرفت أنه واجب نفسي لا واجب غيري.

وإذا لم يكن يعلم جواز الحلف فلم يحلف، فإن عد عرفاً مفرطاً في عدم علمه ضمن، وإلا لم يضمن لأدلة أن الأمين مؤتمن.

ثم إنه يستثنى مما ذكرناه من التخيير ما إذا لم يجز وصول الوديعة إلى الغاصب شرعاً، كما إذا كانت جارية أو ولداً في معرض خطر تعدي الغاصب أو في معرض ذهاب النسب أو ما أشبه ذلك، أو كان قرآناً والغاصب كافر، إلى غير ذلك.

(مسألة ١): قال في الشرائع: (الوديعة عقد جائز من طرفيه)، وفي الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه وهو الحجة في تخصيص الآية وغيرها من أدلة اللزوم).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (جائزة من الطرفين): (كما طفحت به عباراتهم، وقد حكى عليه الإجماع في التذكرة، ونفى عنه الخلاف في المسالك ومجمع البرهان والكفاية بل هو ضروري).

أقول: وكذلك حكى الرياض عدم الخلاف فيه، وفي المناهل: ظهور الاتفاق عليه، أما استدلال التذكرة عليه بقوله: (لأنه قد تقدم أنه توكيل خاص والوكالة جائزة من الطرفين)، فلا يخفى ما فيه، لأن خروج العقد عن ﴿أوفوا بالعقود﴾ يحتاج إلى الدليل، ولا شك أن الوديعة العقدية داخلة في ﴿أوفوا بالعقود﴾ على عمومه، إنما المخرج هو الإجماع الذي لا شك فيه، نعم الوديعة غير العقدية داخلة في الأمانة والأمانة لا تلزم.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وحينئذ فيبطل بموت كل منهما وبجنونه وإغمائه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه أو ولايته عنه، كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة، للإجماع أو لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنه لا عقد مع وارث الودعي فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولاية تصرفه إلى غيره، ولا عقد مع غير الودعي، فلعله لذلك كانت الأهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة).

أقول: لا دليل على أن الإغماء مبطل فالأصل بقاؤه، نعم لو كان الإغماء طويلاً كان اللازم ما ذكروه، كما أن النوم والسكر لا يوجبان البطلان إلاّ إذا طالا على خلاف المتعارف، وذلك لأصالة البقاء مع الشك في النقض، أما في الطويل منها فلانتقال الولاية على ما تقدم، فإطلاق القول بإبطال الإغماء غير ظاهر الدليل، أما

ادعاء الجواهر الإجماع على الإطلاق الذي ذكره فلا يخفى ما فيه، إذ الظاهر أنه لا إجماع في المسألة.

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (وتبطل بموت كل واحد وبجنونه وإغمائه وبعزله نفسه) ما هذا لفظه: (كما هو الشأن في العقود الجائزة والأمر فيه واضح، ولذلك تركه الأكثر فتبطل بالأربعة المذكورة، فإذا اتفق أحد الثلاثة في المودع وجب ردها إلى وارثه أو وليه أو الإعلام على اختلاف الرأيين).

إذ منه يظهر عدم تعرض الأكثر له، فكيف يدعى الإجماع في مثله، بالإضافة إلاّ أنه مع تسليم الصغرى فهو محتمل الاستناد، بل هو الظاهر، ومثله ليس بحجة.

وعلى أي حال، فإذا اتفق الموت والجنون والإغماء والسكر والنوم ونحوه مما ذكرنا أنه يبطل الوديعة في المستودع، يجب على الولي والوارث إعلام المودع أو إيصال المال إليه.

ثم سواء بطلت الوديعة من جهة المودع أو من جهة المستودع لما ذكر، أو لأنه فسخها وعزل نفسه عنها، أو من جهة ثالثة، تكون العين حينئذ في يد الودعي أمانة شرعية، وذلك لعدم تحقق الوديعة حينئذ فهو مال الغير في يده بدون إذن مالكي، ومثل ذلك يكون من الأمانة الشرعية، لأن الشارع أمر بحفظ الأمانة وردها إلى أهلها، قال سبحانه: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[1] .

وكذلك حال من استولى على الوديعة بدون أن يكون ودعياً، كما إذا مات الودعي فورثه الوارث أو هرب من جهة مظلمة أو ما أشبه مما له حق الهروب أو لا، فبقيت في يد إنسان أجنبي عن الطرفين فيلحقها حكم غيرها من الأمانات

(١) سورة النساء: الآية ٥٨.

الشرعية من وجوب ردها إلى مالكها أو ولي أمره أو إعلام أحدهما على وجه المبادرة العرفية، لأنه هو مقتضى دليل رد الأمانة الملقى إلى العرف.

والظاهر أنه يحق له أن يردها إلى وكيل المالك، سواء كان وكيلاً عاماً أو خاصاً، وتبرؤ بذلك ذمته، وقد حكي ذلك عن التذكرة والقواعد واللمعة والروضة والمسالك والكفاية وغيرها.

وفي المناهل هو متفق عليه فهو مخير في الرد إلى المالك أو الوكيل، كما صرح به في الروضة وغيرها إلاّ أن يكون الوكيل خاصاً في غير مثل هذا الشأن حيث إنه كالأجنبي في الرد إليه.

والظاهر أنه إن تمكن من الرد إلى أحدهما في موضع جواز الرد إلى الوكيل على ما تقدم لم يصح الرد إلى الحاكم أو الثقة، وإذا رد إلى أحدهما ضمن كما عن التذكرة والروضة والمسالك وغيرهم، بل في المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه في الرياض واحتج عليه فيه وفي التذكرة والمسالك بأن الحاكم والأمين لا ولاية لهما على الحاضر الرشيد، فاحتمال جواز الرد إلى الحاكم أو وكيله لأنه بمنزلة وكيل المالك كما ذكره بعض العامة، غير ظاهر الوجه.

نعم إذا لم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله ونحوه، رده إلى الحاكم لأنه الولي العام، وإذا لم يمكن الحاكم رده إلى الثقة لقوله (عليه الصلاة والسلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»[1]، ولغيره، لكن ربما يقال في هذه الصورة بأنه مخير بين الإبقاء عند نفسه وبين إعطائه الثقة، لعدم تفاوت الأمر بينهما بعد عدم وجود دليل خاص للرد على الثقة، وهذا أقرب.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٢.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المناهل حيث قال: (إذا تمكن من حفظها و لم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله وتمكن من الرد إلى الحاكم والثقة فلا يجوز له الرد إليهما حينئذ، ويضمن لو رد إليهما كما في اللمعة والروضة والمسالك والكفاية والرياض، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه في الرياض، والمسالك حكاه عن الأصحاب قائلاً: إنه لا يعلم فيه خلاف، واحتج عليه فيه وفي الرياض بالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرؤ إلاّ بدفعها إلى المالك أو وكيله، مع أن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجدهما أو يتجدد له عذر).

إذ الدليل المذكور لا يفي بنفي إعطائها الحاكم بعد كونه ولياً عاماً، بل لو حفظها و لم يدفعها إليه كان محل إشكال لما عرفت، وأي فرق بين الوكيل الخاص في مورده والولي العام في مورده.

ثم إذا مات المودع وظهر الوارث سلم إلى كل واحد حصته إذا كان متعدداً، وإذا كان واحداً معيناً سلمه الوديعة كلاً، فإذا سلم الوديعة إلى بعضهم مع وجود الورثة الآخرين بأنفسهم أو بأوليائهم كما إذا كانوا صغاراً مثلاً، لم تبرأ ذمته لأنه من إيصال المال إلى غير مستحقه، أما إذا لم يعلم الوارث أو علم به لكنه لم يعلم أنه منحصر أو متعدد أو ما أشبه ذلك من المحاذير فاللازم عليه أن يسلمه إلى الحاكم الشرعي باعتباره الولي العام أو الصبر إلى أن يظهر الوارث بخصوصياته.

لا يقال: كيف يسلمه إلى الحاكم مع علمه الإجمالي بالوارث.

لأنه يقال: إن المقام من موارد شؤون الحاكم، حيث إن الودعي سقط عن كونه طرف العقد، ولا دليل على لزوم حفظه المال، بضميمة أن الحاكم ولي عام فهو يسلمه إليه كما أنه يسلمه إلى الوكيل للورثة إذا كان هناك وكيل لهم، نعم

إذا كان هناك وكيل لهم كان مقدماً على الحاكم على ما عرفت.

ثم لو كان تأخيرها في صورة موت المودع لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً، أو للشك في كونه وارثاً، ولم يكن حاكم يرجع إليه، ففي المسالك:

(الأقوى عدم الضمان خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً لأصالة عدمه، وأما مع العلم بكونه وارثاً فالأصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال، والعلم بكونه مستحقاً في الجملة لا يقتضي انحصار الحق فيه، وأصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور، فيبقى الحكم في القابض ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق.

ومثله يأتي فيما لو أقر بمال المورث زيد، فإنه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به إليه إلاّ بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار حق الإرث في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع إليه، ومن أنه إقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه ــ إلى أن قال ــ: ولو أخر تسليم الوديعة إلى الوارث ليبحث عن وصية الميت أو أقراره بدين ونحوه فالأقرب الضمان لأصالة عدمه بخلاف الوارث).

أقول: الأمانة الشرعية تقتضي إيصالها إلى أصحابها حسب الوازين العرفية المستفادة من ﴿إن الله يأمركم﴾[1]، ومن الواضح أن العرف يرى لزوم الفحص عن أصل الوارث في قبال عدمه الذي يكون المال من نصيب الحاكم الشرعي باعتباره سهم الإمام (عليه الصلاة والسلام)، أو عن وحدته وتعدده، أو عن دين للميت

(١) سورة النساء: الآية ٥٨.

المقدم على الإرث وعدمه إلى غير ذلك، ولا مجال للأصل في هذه المقامات فإنه أصيل حيث لا دليل.

وإلى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث قال: (له التروي والبحث دفعاً لضرر الغرامة عن نفسه، لا لمعارضة أصالة عدم وارث آخر بأصالة عدم استحقاقه الجميع، ضرورة وروده عليه وانقطاعه به، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث واحتمال الوصية الذي ذكره أخيراً، فالمدار والمدرك حينئذ ما عرفت، ولا عبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح).

ثم لو فحص وظهر له أن لا دين عليه أو لا وصية له وأن الوارث واحد أو أنه فلان أو ما أشبه ذلك، فعمل بما ظهر له ثم تبين خلافه، فهل يضمن، يحتمل العدم لأنه عمل حسب تكليفه ودليل الأمانة لا يقتضي أكثر من ذلك، اللهم إلاّ أن يقال إنه من إيصال الحق إلى غير أهله، وجهله لا يرفع الضمان وإن رفع العقاب، فهو كما إذا اشتبه فسلّم مال زيد لعمرو، وهذا أقرب إلى الصناعة.

ثم الظاهر أنه إذا وجب على المستودع الدفع إلى الحاكم، وجب على الحاكم القبول، لأنه منصوب لمثل ذلك من أموال القصر والغيب ونحوهما، ومن ذلك يظهر وجه النظر في التوقف أو القول بعدم الوجوب عليه.

قال في المناهل: (إذا وجب على المستودع إعطاء الوديعة للحاكم، فهل يجب على الحاكم قبولها مطلقاً، ولو تمكن المستودع من إعطائها للثقة الأمين، أو لا يجب عليه القبول مع تمكن المستودع من إعطائها له، صرح بالأول في التذكرة والقواعد والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك، ويظهر من التحرير والكفاية والرياض التوقف، ومن مجمع الفائدة عدم وجوب القبول وهو الأقرب، لأصالة البراءة المؤيدة بأنه لو وجب عليه القبول للزم العسر والحرج والأصل عدمها فتأمل،

وبأنه لو وجب عليه القبول لاشتهر، بل وتواتر لتوفر الدواعي عليه، والتالي باطل فالمقدم مثله، فتأمل).

وأنت خبير بأن الصناعة مع التأمل لا مع ما ذكره من الأدلة غير الدالة على مدعاه.

ثم إذا لم يكن حاكم شرعي مبسوط اليد، فإن قبلها غير مبسوط اليد كفى لأنه منصوب شرعاً، وإن لم ينفذ نصبه الناس.

وإن لم يقبلها فهل يسلمها إلى الحاكم غير الشرعي كما في الحال الحاضر الذي صار حكام بلاد الإسلام غير شرعيين، أو إلى الثقة، لا إشكال في تقديم الثاني مع الكفاية، بل قد عرفت أنه مخير بين نفسه وبين الثقة إذا كانا متساويين في الحفظ، والأقدم الأحفظ منهما، وإن لم يقبل الثقة لأنه لا يطمئن بتمكنه من الحفظ سلمها إلى الحاكم العرفي من جهة أنها محفوظة عنده من باب الاضطرار، كما ذكروا مثل ذلك في الرجوع إليه عند الاضطرار في المرافعات ونحوها.

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها، كالثوب والكتب في الصندوق، والدابة في الاصطبل، والشاة في المراح أو ما يجرى مجرى ذلك.

أقول: الضابط حفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها على ذلك النحو، كما هو الضابط في كل ما لا حد له في الشرع الذي منه ما نحن فيه، فإن الموضوع يؤخذ من العرف، والحكم يؤخذ من الشرع، لوضوح كون الوديعة استنابة في الحفظ، وليس له في الشرع حد مخصوص فلا مناص من الرجوع إليهم في حفظ هذه الوديعة على وجه لا يعد الودعي مضيعاً أو مفرطاً أو متعدياً أو خائناً أو مهملاً أو ما أشبه ذلك.

ومن الواضح أن الحفظ يختلف باختلاف المستودع والمودع والزمان والمكان والوديعة وغيرها، فاستيداع الدابة في البادية مما لا تربط الدابة فيها إلاّ في الصحراء حفظ لها إذا ربطها على الوجه المتعارف عندهم، بما ليس كذلك في المدينة حيث الاصطبل ونحوه، وكذلك بالنسبة إلى سائر الأشياء التي تودع عند أهل البادية أو عند أهل الحضر.

ولو اختلف التعارف بين المالك والمستودع فاللازم ملاحظة رؤية العرف أن اللازم أيهما في هذه الصورة، كما أنه لو لم يكن العرف مع أيهما فهو مخير بينهما.

ولو تجدد نوع جديد من الحفظ لزم اتباعه، مثلاً كان المال الكثير في بلد لا مصارف له يوضع في الصندوق، ثم تجدد فيه المصارف مما يكون أحفظ، فإنه يلزم عليه إخراجه من الصندوق إلى المصرف، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وفي بعض الأحيان يستلزم الحفظ تبديل نفس المال، كما إذا تغيرت الحكومة

مما كان النقد معرضاً للتبدل، فإن الحفظ يقتضي تبديله إلى النقد الجديد، إلى غير ذلك.

ثم لو تصرف في الوديعة بنية حسن لكن بعمل سيء، كما إذا مرض الحيوان فأعطاه دواءً بزعم أنه حسن لكنه كان مهلكاً، فهل الاعتبار بالنية أو بالعمل، احتمالان:

من أن «الأعمال بالنيات»، وأن الإنسان لا يكلف إلاّ بما يراه صلاحاً، بل هو المنصرف من قصد المودع أن يحفظه، فلم يكن مفرطاً ولا متعدياً عرفاً.

ومن أن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية لا الخيالية، والمعيار بالواقع لا الزعم.

والأول أقرب، لأن ما ذكر فيه مخرج عن دليل الثاني، فإن وضع الألفاظ للمعاني الواقعية لا ينافي انصراف أدلة الخيانة ونحوها إلى غير ما أراد الإصلاح، أما دليل الإحسان ففيه: إنه ليس بمحسن، والظاهر منه الإحسان الواقعي لا الخيالي.

والمسألة سيالة، فهل من يقتل إنساناً عامداً بقصد الإحسان إليه حيث إنه يعيش في ألم شديد، أو يسرق مالاً لتوزيعه على الفقراء والمحتاجين، أو يزني بامرأة بدون رغبة في الزنا إطلاقاً وانما لرفع حاجتها التي أوصلها إلى العسر من جهة الشبق، يخفف عن عقابه لمكان نيته وإحسانه، أو لا لمكان صدور الفعل الحرام منه الموجب للعقاب.

ربما يقال بالأول كما في جملة من القوانين العالمية حيث يدخلون النية الحسنة في التخفيف من عقاب الفعل القبيح، لأن المنصرف من أدلة العقوبات غير هذه الصورة، بالإضافة إلى أن «الأعمال بالنيات»، و«لكل امرئ ما نوى»، وإن شك فالحد يدرؤ بالشبهة، لكن المسألة بحاجة إلى تأمل أكثر وتتبع أوسع، حيث لم نجد من تعرض له من الفقهاء.

أما عكسه بأن كان الفعل حسناً لكن النية سيئة، كما إذا جامع زوجته بزعم أنه زنا لأنها أجنبية، أو قتل الكافر الحربي بزعم أنه مسلم محقون الدم لعداوة

بينه وبينه، أو أخذ المال من صندوق نفسه بزعم أنه صندوق الغير وأن عمله سرقة، فلا إشكال في عدم الحد، وإنما الكلام في الحرمة وعدمها على ما ذكروه في بحث التجري.

ثم قال الشرائع: (ويلزمه سقي الدابة وعلفها، أمره بذلك أو لم يأمره).

أقول: لا إشكال ولا خلاف في أنه يجب حفظ الحيوان المحترم، وكذلك الآدمي المودع عنده، سواء بالماء أو بالعلف أو بالطعام أو بالمنام أو بالكساء أو بالحفظ من الحر والبرد أو بغير ذلك مما يلزم الحفظ ولو بإجراء السيلان عليه في الحال الحاضر من الأمور الطبية المتعارفة، فلو قصر حينئذ في شيء من ذلك ضمن للتفريط.

قال في المسالك: (وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من الخدمة، وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض).

وهو كما ذكره، لأن تلك كلها من الأمانة، بل اللازم تهيئة الزوج للحيوان إذا كان عدمه يوجب عطبه أو مرضه بما ينافي حفظ الأمانة عرفاً، فإن الأمانة سواء كانت مالكية أو شرعية يلزم على الودعي القيام بكل شؤونها العرفية وخسارته لها من كيس المالك، سواء كان العلف أو الماء أو المسكن أو اللباس في وديعة اللقطة مثلاً أو غير ذلك.

ولا حاجة إلى إذن المالك أو الحاكم الشرعي لعدم الدليل على ذلك، نعم إذا قال المالك لا أعطيك ذلك كان له، فإقدامه يستلزم تبرعه، كما أن الأمر كذلك في الغاصب، إذ ليس بإذن مالكي ولا شرعي.

فلا يقال: إنه بإذن شرعي لأن الشارع يوجب عليه حفظه حتى يرده إلى مالكه.

لأنه يقال: إيجاب الحفظ فيما كان هو السبب في الاستيلاء لا يلازم تخسير

الشارع للمالك، إذ ليس على التلازم دليل شرعي ولا عرفي.

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من عدم الاحتياج ما ذكروه في باب اللقطة.

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المسالك: (إذا أودعه الحيوان المفتقر إلى النفقة فلا يخلو إما أن يأمره أو يطلق، فإن أمره أنفق ورجع عليه بما غرم والأمر فيه واضح، وإن أطلق توصل إلى إذنه أو إذن وكيله فيه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين له عليه أو يبيع بعضه للنفقة أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو وأشهد عليه ورجع مع نيته، وكذا يرفع أمره إلى الحاكم، إلى آخر ما ذكر مع نهي المالك له عنه، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع).

إذ يرد عليه أولاً: عدم الدليل على الاحتياج إلى الإذن من المالك بله الحاكم، بالإضافة إلى أنه لا دليل على الإشهاد، مع أن نهي المالك معناه أنه لا يتحمل النفقة، فإن لم يشأ لم يأخذ الوديعة، فمن أين أنه مع نهي المالك له الحق في الإنفاق ثم الرجوع، وقد تبعه الجواهر في ذلك بدون أن يستدل على شيء منه بدليل.

ثم إن اختلفا في قدر النفقة وفي زمان النفقة ففي كليهما يحتاج مدعي الزائد، سواء كان المودع أو المستودع إلى البينة، وإلا فالآخر يحلف، لأنه قاعدة الادعاء والإنكار، فتفصيل الجواهر بقوله: (والقول قوله في مقدار النفقة، كما أن القول قول المالك في مقدار زمانها) غير ظاهر وجه الإطلاق.

وإن كان الاختلاف بين المتباينين، كما إذا قال أحدهما: كانت وديعة في شهر شعبان، وقال الآخر: في شهر رمضان، أو قال أحدهما: سافرت بولدك في الطائرة، وقال الآخر: بالسيارة، حيث إن سفر الطائرة ضعف سفر السيارة من جهة الأجرة، كان من التنازع، ولا يقال بأخذ الأقل من الأجرتين في النزاع الثاني، لما

ذكرناه في كتاب القضاء وغيره من أن العبرة بمصب النزاع لا بمآله.

ومن قسمي النزاع في المقام يعرف قسما النزاع في أن الوديعة كانت عشرة شياه أو تسعة، أو أن الوديعة كانت شاةً أو معزاً.

ومما ذكرناه من أن مقتضى الوديعة الحفظ فعدم الحفظ خيانة، يعرف وجه النظر فيما أشكل به الجواهر على المسالك القائل بوجوب الحفظ حيث قال: (وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة فيضمن حينئذ مع التقصير فيه إلاّ أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة فيه بعدم اقتضاء إطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك، وكونه حيواناً محترماً لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المأذون فيه لا يقتضي ترتب الضمان المتوقف على التعدي والتفريط في الوديعة من حيث كونها وديعة، بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه وإن لم يكن ودعياً، على أنه لا يتم فيما سمعته منه من إلحاق الشجر الذي هو ليس بذي نفس محترمة، ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك وغيره إلاّ أن ذلك لا يقتضي الضمان مع التقصير فيه، ضرورة كون الحفظ من جهاته من مقتضى إطلاق عقدها).

وكأنه عدل عن ذلك أخيراً بقوله: (اللهم إلاّ أن يعدّ التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانة وأنه هو المتلف للمال) لكنه كما ترى.

ثم إنه قد تقدم كون العبرة بما يظهر للعرف من الاحتياج وعدمه لا بالواقع، فإذا سقى الأشجار حين الاحتياج ثم جاء مطر غزير سبب فساده لم يكن ضامناً، فيما إذا كان عالماً بمجيء المطر الذي يكفيه كان عليه عدم السقي قبله وإلا كان ضامناً.

وهل إحبال الدابة المودعة، أو الإحبال بها إذا كانت فحلاً خلاف الأمانة، الظاهر أنه حسب العرف ولا ميزان كلي له.

أما إذا أودعه بنتاً مثلاً يريد زواجها فتزوجها برضاها لم يكن ذلك من الخيانة في شيء، وإن كان العرف يسميه أحياناً خيانة، وكذلك إذا أودعه ولداً يريد تزويج بنته له فزوجه الودعي بنته، فإن قولهم إنه خيانة كقولهم إنه خيانة فيمن أغرى خادم غيره ليخدمه بدل خدمته لسيده السابق، فإنه على ضرب من التوسع، وليس ذلك من الخيانة الشرعية في شيء.

ثم قال الشرائع: ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعاً للعادة.

أقول: ذلك من باب المثال، وإلا فلا خصوصية للغلام، كما أنه لا خصوصية للسقي، بل كذلك حكم العلف وغيره، ومقتضى القاعدة هو أن يكون حسب الأمانة ولا يعد تفريطاً أو تعدياً أو خيانة عرفاً.

ومنه يظهر أن أقوالهم في المسألة إنما هي من باب الصغريات لا الكلية.

كما يظهر مواضع النظر في قول المسالك: (إن مقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك، سواء كان المستودع حاضراً عنده أو غائباً، وسواء كان الغلام أميناً أم لا، وليس كل ذلك جائزاً هنا، بل إنما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أميناً وإلا لم يجز. ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المترل وخارجه، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلابد من مصاحبته في الطريق، وإنما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام ذلك. وكذا لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع. وعبارة المصنف لا تنافي ما قيدناه، لأنه لم يجوز إلا تولي السقي، وهو أعم من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه، والعام لا يدل على الخاص، فيمكن تخصيصه إذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود، لما أطبقوا عليه من عدم جواز إيداع

الودعي مع الإمكان وهذا في معناه، وربما قيل بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة، أما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان، وهو ضعيف)[1].

ثم إن السقي والعلف والمراح وغيرها يجب أن تكون حسب المتعارف زماناً ومكاناً وخصوصيةً، فلو خالف فعطب كان ضامناً.

ولو اختلف العرف الواحد حق له أن يعمل بأيهما أو بهما معاً في جزئي الوقت أو الطعام أو ما أشبه فيما إذا لم يكن الجمع ضاراً، وإلا كان اللازم اتباع أحدهما، مثلاً إذا كان يطعم عرفاً بالشعير أو بالحنطة فجمع بينهما بما سبب مرضه ضمن، وإذا تعارف إطعامه في الليالي أو في النهارات فأطعمه مرة ليلاً ومرة نهاراً مما أوجب ضعفه أو مرضه أو هزاله أو سمنته الزائدة مثلا ضمن.

ثم حيث عرفت أن اللازم الحفظ عرفاً، فقد يكون الحفظ بحفظها عند نفسه، وقديكون بحفظها عند غيره، كما في الحال الحاضر حيث تحفظ الأموال خصوصاً الكثيرة منها وخصوصاً في المواضع الخطرة في المصارف لا في البيوت، كما أنه يكون من التعدي نقل الأموال بأعيانها من بلد إلى بلد في مواضع الخطر، بل اللازم النقل بالحوالة، إلى غير ذلك مما لا ضابط له إلاّ رؤية العرف في كل مورد مورد.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث قال: (ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها وعلفها في منزله أو شبه ذلك من الأعذار)، لوضوح أن ذلك ليس على وجه الكلية بل تختلف الموارد.

ولذا قال في الجواهر: (ومنه يعلم ما في قول المصنف، ضرورة عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدم مع فرض قضاء العادة به و لم يكن ثم ما يقتضي التفريط بها).

(١) مسالك الأفهام: ج٥ ص٨٨.

وما ذكره من الضرورة أيضاً في إطلاقه تأمل، إذ قد يقتضي الضرورة الإخراج وقد لا تقتضي، كما إذا كان بقاؤها في البيت يوجب هزالها لقلة الماء والعلف ونحوهما، أما إخراجها فمحل خطر اللص أو الحيوان المفترس أو نحو ذلك مما يودي بالحيوان كله، وقد يعكس الأمر بأن يكون خطر البيت أكثر من خطر الإخراج، فلكل مورد حكمه، والمحكم في الجزئيات العرف.

ومما تقدم يعرف موضع الرد والقبول في قول مناهج المتقين: (ولا يجوز إخراج الدابة المودعة من المترل للسقي والعلف إلاّ مع الضرورة، كعدم إمكان السقي والعلف في المترل أو نحو ذلك من الأعذار، ولو قيل بجواز إخراج المعتاد غير المعدود تفريطاً أو تعدياً حتى مع عدم الضرورة لم يكن بعيداً).

ثم لو أحضر المستودع الماء والعلف فامتنعت من الشرب والأكل مثلاً من جهة مرض أو نحوه، فعليه المعالجة عند الخبير، فإن لم يعالج كان من التفريط، أما إذا كان الامتناع لا لمرض بل تشهياً كما قد يفعله الحيوان والطفل وما أشبه فليس عليه شيء، وإنما يؤخر تقديمها إليه كي يرغب فيهما.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو قال المالك لا تعلفها أو لا تسقها لم يجز القبول، لكونه ذا كبد حراء ونفس محترمة وواجب النفقة على المالك، بل يجب عليه سقيها وعلفها مراعاةً لحق الله تعالى شأنه وإن أسقط الآدمي حقه، بل مع امتناع المالك ورفع الأمر إلى الحاكم وأمره للنفقة من ماله يتجه الرجوع له عليه، وكذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم).

وفي إطلاقه تأمل، إذ قد ينهاه المالك وقد يقول إني لا أضمن ذلك، ففي الأول قد يكون الحيوان يكتفي بنفسه، كما فيما إذا كان في غابة أو ما أشبه مما لو ترك الودعي

سقيه وعلفه يرعى بنفسه، وقد لا يكون كذلك مما يوجب تلف الحيوان من دون سقيه وعلفه، ففي صورة عدم التلف لا وجه للإشكال، وفي صورة التلف ليس للودعي السقي والعلف ثم طلبها منه إذ للمالك أن يترك حيوانه حتى يملكه آخر أو يذهب هو بنفسه ليجد طعامه وشرابه، فللودعي إما القبول بدون ضمان المالك أو ترك الوديعة.

ومنه يعلم أنه ليس الإثم مطلقاً، فما ذكره الشرائع بقوله: (نعم لو أخل بذلك والحال هذه أثم و لم يضمن لأن المالك أسقط الضمان بنهيه كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر) انتهى، محل نظر.

ولا يخفى أن حال الشجر والبناء المحتاج إلى الرعاية والعناية مما يرى الشارع أن عدمهما بالنسبة إليهما محرم حال الحيوان، فإطلاق المسالك بقوله: (الأقوى عدم وجوب حفظه فضلاً عن عدم الضمان، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكه لا على غيره، وإنما وجب الإنفاق في الحيوان لكونه ذا روح فيأثم بالتقصير في حقه فيجب دفع ألمه) انتهى، محل نظر.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (نعم يبقى إشكال في أصل صحة الوديعة على هذا الوجه المقتضي سفاهة المالك فيصير المال حينئذ في يده أمانة شرعية يجب ردها إلى المالك أو وليه، اللهم إلاّ أن يفرض في وجه لا سفاهة فيه، أو يقال إن السفه لا يؤثر فساداً بدون تحجير الحاكم).

ولا يخفى أن السفه الأحوالي الذي هو نوع من الجنون، عدمه شرط في صحة الوديعة، أما السفه الأموالي فالظاهر أنه محجور وإن لم يحجره الحاكم، ولا يصح

عقده المالي وإن كان على نحو الوديعة، قال سبحانه: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾[1]، وقال تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً﴾[2]، ولذا كان تصريح التنقيح على بطلان عقد الوديعة لسفه أحدهما وإفلاسه، وقول المناهل: (إن عنده فيه إشكالاً، بل احتمال عدم البطلان في غاية القوة للأصل السليم عن المعارض، ولكن مراعاة الاحتياط أولى)، غير ظاهر المدرك.

وكذلك حال الكافر فإنه لا يصح إيداع الكافر القرآن الكريم، اللهم إلاّ إذا كان المراد الأعم مما له السبيل عليه، كما إذا كان له وكيل مسلم يكون القرآن بيده وإن كان وديعة عند الكافر، أما إذا ارتد المودع فماله حيث يقسم، يكون العبرة في الشرائط بالوارث لا بنفسه.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، وحينئذ فلو نقلها عنه ضمن لأنه عاد، إلاّ إذا كان النقل إلى أحرز، بل أو مثله على قول قوي إذا فهم إرادة المثال مما عينه ولو بقرينة ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والراكب ونحوهما في المزارعة والإجارة، أما إذا لم يفهم ذلك فالأقوى الضمان حتى في النقل إلى الأحرز فضلاً عن المساوي).

أقول: مقتضى القاعدة هو اتباع تعيين المالك لفظاً أو ارتكازاً، سواء إلى المساوي أو الأحفظ أو الأردأ، نعم يأتي الكلام السابق هنا فيما إذا عين غير الحرز، فإنه قد يكون حراماً كما إذا أمر الشارع بحفظه وإن نهى المودع عنه، وقد لا يكون كذلك، كما إذا كان حفظ الشاة في المذئبة، وقد يقول احفظ الأسد في

---

(١) سورة النساء: الآية ٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٦.

الغابة حيث إن غاية الأمر ذهابه مثلاً، ومثله لا يحرم، وهو كترك المالك إياه يذهب حيث شاء، ولو أمر بحفظ الشاة في المذئبة لم يكن ضامناً إن افترسها الذئب وإن فعل الودعي الحرام لما تقدم.

ولو قال: احفظه في مكان كذا في حين كان حرزاً فخرج عن الحرزية، فالارتكاز يعطي حفظه في المساوي أو الأحفظ، كما أنه إذا زعم حرزية المكان المعين فعينه وليس بحرز واقعاً، كان الارتكاز يقتضي العدم، فإن الاعتبار في أمثال ذلك بالارتكاز لا باللفظ.

ثم إنه ينبغي إخراج صورة من الضمان وهو ما إذا حفظه في غير الحرز حيث لا حرز إطلاقاً، سواء علم المالك بعدم الحرز، كما إذا جاء السيل مما يذهب بالحيوان سواء كان عند المالك أو عند الودعي، أو كان كلاهما في الغابة حيث إن الحيوان بيد كل منهما في معرض الافتراس. أو لم يعلم المالك فيما لم يتمكن الودعي من إرجاعه إليه، وإلا فإن تمكن فهل يجب الإرجاع أو لا لأنه لا حرز على أي تقدير فتلفه عند الودعي وعند المالك على السواء.

ويفهم ما ذكرناه من القيد في عبارة القواعد حيث قال: (ولو استودع من صبي أو مجنون ضمن إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان)، وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) انتهى. إذ المعيار فيما ذكرناه وفيما ذكروه واحد.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في إطلاق الشرائع: (ولا يجوز نقله إلى ما دونه ولو كان حرزاً إلا مع الخوف من إبقائها فيه).

وعلى أي حال فإذا جاز النقل حتى إلى الأدون ونقل فتلف الحيوان فاللازم القول بعدم الضمان، سواء كان التلف

بافتراس حيوان مفترس أو بانهدام السقف أو بغير ذلك، لأن الجواز قد حصل وهو الإذن المالكي أو الإذن الشرعي، ومثله يقتضي عدم الضمان.

فما عن بعضهم من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز والمساوي، كما ما عن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام وغيره فيضمن في الأول دون الثاني محل إشكال.

ومثل النقل المكاني سائر الشرائط، كما إذا قال: لا تعطه العلف الفلاني أو الماء الفلاني أو أعطه كذا، حيث يكون غيره مساوياً أو أردأ أو أحسن، أو قال: يرعاه عبدك الفلاني أو ولدك الفلاني حيث إن غيره أحسن أومساو أوأردأ، إلى غير ذلك لوحدة الملاك في جميع أمثال هذه المقامات.

ولو شك في أن التعيين من باب الخصوصية أو الفردية، لم يجز له المخالفة لأصالة العدم، ولو كان على أحد النحوين ثم مات المودع وقبل الوارث لما كان، فإن عين كما كان فهو، وإلا فالأصل عدم الخصوصية.

وكذا في العكس، بأن مات المستودع وقال المودع لوارثه: أنت كمورثك.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان إلاّ أن يخاف تلفها فيه).

أقول: أما الضمان بالنقل كيف كان بمعنى أنه سواء كان إلى مساو أو إلى أحرز فلتحقق التعدي فيها بالمخالفة لنهيه المقتضي لعدم جواز ذلك له، بل في الجواهر إنه إجماعي، وأما إذا خاف التلف فإنما يجوز النقل إلى المساوي أو الأحرز فلأن الشارع أذن له في ذلك إن لم يكن ارتكاز مالكي، وإلا فهو وديعة مالكية أيضاً، وإذا خاف التلف فيه وتمكن من النقل إلى الأدون الذي هو حرز نقله إليه أيضاً للملاك السابق.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان قد قال لا تنقلها عن هذا المكان وإن تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي، بل حرم عليه إضاعة المال وإتلافه من غير وجهه، ومن ذلك النهي عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الأموال التي جعلها لنا قياماً).

أقول: هذا إنما يصح فيما إذا لم يجز التلف، أما إذا جاز كما إذا كان الوديعة فيلاً مثلاً، والفيل ينتفع بميته كما ينفع بحيه ـــ كما ربما يقال ـــ لم يأت فيه التبذير ونحوه، بل وكذلك الحال إن كان التلف على كل حال حيث لا تبذير، نعم لا يبعد عدم الجواز تكليفاً حيث نهى المالك، أو حرمة شرعية لوجوب حفظ الحيوان المحترم.

ثم لو نقله بأمر شرعي فالظاهر أنه لا يخرج عن كونه وديعة، لأنه من باب تعدد المطلوب، إلاّ إذا كانت الوديعة مقيدة على نحو وحدة المطلوب، حيث تخرج عن كونه وديعة حينئذ.

فإطلاق الجواهر قوله: (لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذ في يده وديعة، بل هي أمانة شرعية لعدم الاستنابة من المالك في ذلك فيضمنها حينئذ لعدم الرد إلى المالك أو وليه فوراً أو الإعلام، كما أنه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه وإنما هو جائز له) محل نظر.

ثم إن الخوف هو المعيار لأنه الموضوع عند العقلاء في عطائهم وأخذهم والشارع لم يغيره.

والظاهر أن المعيار الخوف العرفي لا الخوف الشخصي، لأن العرف هو الذي يفهم ذلك وهو الملقى إليه الكلام، فإذا خاف هو دونهم لم يعتن، وإذا خافوا و لم يخف اعتنى.

ثم إذا تلف في المنقول إليه وظهر أنه لم يكن يتلف في المنقول عنه لم يضمن، لأن الإنسان مأمور بأن يعمل حسب ما يظهر له، على ما سبق تفصيله.

ولو أودعه عند نفرين فخاف أحدهما دون الآخر، فالمرجع الحاكم، وإلا فالعدول، وإن لم يكونا جاز لكل التسليم للآخر، إذ لا دليل على الترجيح، نعم إذا كانوا ثلاثة أو خمسة أو ما أشبه لم يبعد الأخذ بالأكثرية إذا كانت أكثرية لأنها أرجح، بالإضافة إلى مناط الشورى، هذا فيما إذا لم يمكن التقسيم، وإلا عمل كل بحصته ما يراه صلاحاً، وربما يحتمل مع الاختلاف القرعة لأنها لكل أمر مشكل، لكن شمولها لمثل ما نحن فيه محل تأمل.

والظاهر أنه لو قال خفت فنقلت، قبل قوله باليمين لأنه مؤتمن، فإنكار المودع بدون أن يأتي بالبينة على إنكاره غير مفيد، ومن الواضح أن البينة المفيدة إنما هي على عدم خوف الودعي لا على أنه لم يكن موضع الخوف.

ثم لو خاف المودع من البقاء فقال للودعي انقله، تخير الودعي بين نقله وبين إبطال الوديعة، أما إذا لم ينقل وضاع كان ضامناً لأنه لم يعمل بشرط المودع.

ثم إن ادعى الأمين نقلها إلى حرز آخر أو تبديل الوديعة فيما يصح له التبديل لكون الأصل في معرض التلف، أو ادعى علاجها بما يستلزم المال، أو نحو ذلك من الطوارئ التي يدعيها الودعي، فالظاهر أنه مصدَّق لإطلاق أدلة كونه مؤتمناً فليس عليه إلاّ اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر فيما في الجواهر حيث قال: (في تصديقه بحصول ما يقتضي جواز مخالفة النهي أو وجوبه، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة، لعموم «البينة على المدعي»[1] بعد الشك إن لم يكن الظن في اندراجه تحت الأمين المصدق في ذلك، ولا يبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البينة على حصوله، بل قد

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح٣.

يحتمل الضمان مع قيامها أيضاً في كل مال مقبوض بلا إذن من المالك فضلاً عن النهي، وإن كان خلاف المشهور بين من تعرض له لعموم على اليد، والحسبة والإحسان يجوزان الإقدام ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع، ونفي السبيل على المحسن إنما هو بالنسبة إلى ما فعله من الإحسان فليس له الاعتراض عليه في ذلك).

وفرعه الثاني أولى بالإشكال، حيث إنه لا وجه للضمان بعد أن ليس عليه ضمان إلاّ بالتعدي أو التفريط، والمفروض عدمهما في المقام، لكن لا يخفى أن عدم الضمان إنما هو فيما إذا لم يكن نهي من المالك ولا أمر من الشارع، وإلا فإذا كان نهي من المالك و لم يأمر الشارع بالحفظ كان مقتضى القاعدة أن مع النقل الضمان، كما إذا كان فيل لموته وحياته قيمة واحدة وفرض عدم أمر من الشارع بحفظ حياته فنقله إلى موضع آخر حيث كان الموضع الأول فيه خطر الموت وجاء السيل إلى الموضع الثاني وذهب به فإنه يضمن، بخلاف ما إذا لم ينهه من النقل فإنه لا ضمان.

قال في مناهج المتقين: (ولو نهى المودع المستودع عن النقل من الموضع الذي عيّنه لزمه الامتثال و لم يجز له النقل حتى إلى الأحفظ إلاّ برضى جديد، ولو نقل من دون ذلك أثم وضمن، إلاّ إذا خاف من إبقاء الوديعة تلفها أو نقصها فإنه لا إثم ولا ضمان في نقلها إلاّ إذا نهى من النقل في صورة الخوف عليها أيضاً، فإن الأظهر عندي عدم جواز النقل وعدم الإثم ولا الضمان بترك النقل بل لو نقل حينئذ ضمن).

ثم إن المسالك قال: (اعلم أنه لو نقلها إلى غير المعين وتوقف النقل على

أجرة فقد قال في التذكرة: إنه لا يرجع بها على المالك لأنه متبرع بها، وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته، لإذن الشرع له في ذلك فيقدم على إذن المالك، ولأن فيه جمعاً بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال).

وما ذكره المسالك هو مقتضى القاعدة، اللهم إلاّ فيما كان على المالك الضرر فلا يريده، كما إذا كانت قيمة الشاة عشرة وأجرة النقل ثلاثين، مما يسبب النقل ضرر المالك، فهو يقدم ضرر عشرة بتلف الشاة على ضرر عشرين بنقلها، ولهذا ينهى الودعي عن النقل، ولا دليل على لزوم التضرر شرعاً في مثل ذلك بحفظ الشاة، بل مقتضى الامتنان تقدم دليل «لا ضرر» على الدليل الأولي بحفظ الشاة، فلا أمر شرعي ولا مالكي في المقام، وكلامهم منصرف عن مثل ذلك، وكذلك الحال في علاجها وعلفها أو نحوهما.

وإذا دار الأمر بين حفظ الوديعة أو واجب آخر من وديعة أخرى أو غيرها، كحفظ الوديعة أو حفظ نفس محترمة، قدم أهمهما، وإن تساويا تخير، كما إذا دار بين وديعتين متساويتين لإنسان واحد أو إنسانين، والظاهر أنه لا يكون عليه ضمان حينئذ بتلف الوديعة أو نقصها أو ما أشبه، لأنه ليس من التعدي والتفريط في شيء.

كما أنه إذا تصرف في الوديعة تصرفاً محرماً أولاً وبالذات لكن كان تصرفه للأهمية لم يكن عليه ضمان، كما إذا أراد الظالم غصب الدابة إن علم أنها ليست له، أما إذا ركبها حيث يظن أنها له لا يغصبها، فركبها لأجل ذلك، قال سبحانه: ﴿وكان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً﴾[1]، لم يكن عليه ضمان.

وقد ألمعنا سابقاً إلى أن حفظ الوديعة واجب فيمكن أن يعارض بينه وبين سائر الواجبات والمحرمات.

---

(١) سورة الكهف: الآية ٧٩.

ومنه يعلم الوجه في قول مناهج المتقين: (لو دار الأمر بين حفظ وديعة لشخص وبين حفظ وديعة أخرى لآخر، قدم حفظ أرجحهما، ولو تساويا تخير بينهما).

أما قوله: (ولا يجوز ارتكاب غير الكذب من المحرمات كشرب الخمر والزنا وترك الصلاة ونحوها لأجل حفظ الوديعة على الأظهر)، فقد عرفت ما فيه وإنما يلزم أن يلاحظ الأهم في نظر الشارع.

ثم قال الشرائع: (ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون)، وفي الجواهر: (بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه)، وهو كما ذكروا لما تقدم من اشتراط التكليف في طرفي الوديعة، والطفل والمجنون لا تكليف لهما، وفي الروايات «لا أمر للغلام حتى يحتلم»[1]، و«رفع القلم عن المجنون»[2]، إلى غير ذلك من الأدلة العامة الشاملة للمقام.

نعم لو كان آلة بين المودع والمستودع لم يكن بذلك بأس، بل الحيوان يمكن أن يكون آلة أيضاً، فإن المعاملة ليست معها وإنما مع الطرف البالغ العاقل.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولا يجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض بذلك منهما لعموم «على اليد ما أخذت»[3] وغيره، ولا يبرؤ بردها إليهما للحجر عليهما، وإنما يبرؤ بالرد إلى وليهما الخاص أو العام مع تعذره)، وهو كما ذكرا.

أما إذا بلغ الصبي وأفاق المجنون فردها إليهما كفى لتبدل الموضوع، كما أنه لو انعكس بأن كان المكلف طرف الوديعة ثم خرج عن التكليف لا يجوز التسليم إليه، كما إذا أودع عنده عاقل ثم صار مجنوناً، وإنما يكون الأمر بعد جنونه إلى وليه.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤٢ الباب ٢ من كتاب الحجر ح١.

(٢) الوسائل: ج١ الباب ٤ من كتاب الطهارة ح١٠.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من الوديعة ح١٢.

ثم إن المسالك قال: (وإطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في أيديهما وعدمه، والأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكهما بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن، لأنه محسن ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[1] لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك، فإن تعذر قبضها وترتب الحكم حينئذ).

وهو كما ذكره، إذ الشارع يحبب حفظ مال القصير، والمفروض أنه منه، وأولى منه ما لو كانت الوديعة إنساناً، كما إذا كان للمجنون طفلة عرضها في معرض التلف إذا بقي بيد المجنون، فإشكال الجواهر على المسالك القائل بعدم الضمان، غير ظاهر الوجه.

ولذا قال في مناهج المتقين: (نعم لو خاف على المال مع عدم القبض التلف فقبضه للحفظ والإيصال إلى الولي فلا ضمان عليه).

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا لا يصح أن يستودعا، وإن كان لو أودعا لم يضمنا بالإهمال، وفاقاً للمشهور، لأن المودع لهما في الحقيقة هو المتلف ماله بإيداعه مثلهما الذي لم يجب عليه الحفظ وأداء الأمانة، فسببيته في الإتلاف أقوى من تفريطهما فيه، ولا دليل على ضمانهما بذلك بعد ظهور قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[2] في غير الفرض بسبب تفريط المالك).

أقول: لا ينبغي الإشكال في عدم الضمان بإيداع المالك ماله المجنون أو الطفل غير المميز، لأن السبب في التلف أقوى من المباشر، فهو كإيداعه الحيوان، وكون الحيوان لا ذمة ولا ملك له بخلافهما لا يكون فارقاً في المقام الذي هو من أقوائية السبب على المباشر، لنسبة التلف إليه لا إلى المباشر، ومثلهما السكران

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح١٢.

والمغمى عليه والنائم، كما إذا وضعه في يده وهو في حال النوم، إلى غير ذلك، بل دليل اليد منصرف عن مثلهم عرفاً.

ولا فرق بين أن يكون المودع مثل المستودع في عدم التكليف، كما إذا أودع مجنون مجنوناً، فإن المجنون المستودع لا يكون ضامناً بتلفه.

أما إذا كان المستودع صبياً مميزاً، كما إذا كان مراهقاً مثلاً، فهل يضمن لإطلاق أدلته والملاك في سرقته، ولأن الضمان حكم وضعي لا فرق فيه بين البالغ وغير البالغ، أو لا لرفع القلم، الظاهر الأول بل هو مقتضى كون عمد الصبي خطأً تحمله العاقلة، إذ لو كان كالحيوان لم يكن عليه ولا على عاقلته شيء.

ومنه يعلم وجه النظر فيما في المسالك من أن (على) في «على اليد» ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصاً بالمكلف، فتأمل.

ثم إن المسالك قال: (ويفهم من قوله: (لم يضمنا بالإهمال) أنها لو تلفت بغيره بأن تعديا فيها فتلفت أنهما يضمنان، وهو كذلك على الأقوى، لأن الإتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه، والأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير، ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير ويأكلانه منه، فإنهما يضمنانه وإن لم يكن لهما مال حين الإتلاف، لأن تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه، نعم إيجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر، فقبله يكون المخاطب بالدفع من مالهما الولي إن كان لهما مال، وإلا كان ديناً عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف، ولو فرض موتهما قبله ولا مال لهما أو لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم يؤاخذ به في الآخرة بخلاف المكلف).

ويرد عليه: إنه لا فرق بين الإهمال والتعدي في صورة عدم التكليف، لما عرفت

من أن السبب هو المودع وهو أقوى من المباشر، ولا فرق في ذلك بين التعدي والتفريط والإهمال، أما بالنسبة إلى غير المميز والمجنون فمقتضى القاعدة عدم الضمان، إذ لا إشكال في عدم التكليف، وأما الوضع فالأصل عدمه أيضاً، فمن أين أنه ثابت على كل أحد، بل ظاهر رفع القلم الإطلاق وضعاً وتكليفاً إلاّ ما خرج بالدليل من نص أو إجماع أو غيرهما، فهما كالحيوان.

والنقض بأنهما لا ينقصان عن النائم وهو ضامن إن ضربت رجله كوز الغير فانكسر، كما ورد في انقلاب الظئر على الولد فمات، محل نظر، لأنه يقال: من أين ذلك في النائم أيضاً وقد ورد رفع القلم عن النائم حتى يستفيق.

لا يقال: الحكم إجماعي.

فإنه يقال: لا إجماع في المسألة.

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (أما لو أكلها الصبي وأتلفها فالأقرب الضمان) ما لفظه: (كما في المبسوط والسرائر في ظاهرهما أو صريحهما، وظاهر الشرائع والإرشاد، وصريح التذكرة والتحرير في الباب والمسالك، وقيد في الحواشي وجامع المقاصد بما إذا كان مميزاً، وقد قطع به ـــ أي الضمان ـــ في الثاني وقواه فيه إذا لم يكن مميزاً في الباب، وفي باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز، وقرب عدم الضمان مطلقاً في حجر التذكرة والتحرير، وجزم في لقطتهما ولقطة الكتاب وجامع المقاصد بالضمان).

وعلى أي حال فالأصل عدم الضمان بعد عدم شمول «من أتلف»[1] و «على اليد»[2].

ومثل قوله (عليه السلام): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابة أو

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١٠ ح١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١٢.

حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»[1] منصرف عن المجنون وغير المميز.

نعم الظاهر عدم انصرافها عن المميز، بل له نوع تكليف أيضاً، ولذا يؤدب سارقه وزانيه ولائطه ومن أشبه.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر المدعي للقطع، حيث يقال إنه من أي مكان حصل مثل هذا القطع، وهل هو حجة إلاّ للقاطع، قال: (والتحقيق أن يقال: إن اليد بغير إذن شرعية من أسباب الضمان قطعاً، من غير فرق بين المكلف وغيره، فلو أودع صبي صبياً أو مجنوناً، أو مجنون صبياً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كانا ضامنين لذلك، والفرق بينهما وبين الدابة أن لهما ذمةً وملكاً وغيرهما بخلافها، وأي فرق في أسباب الوضع بين ذلك وبين الجناية والحدث وغيرهما).

إذ فيه: إن الدليل إن لم يدل في الجناية والحدث لم نقل به أيضاً، وتنظير الباب بذلك إذا ثبت فيهما من باب القياس الذي لا نقول به بعد عدم العلم بالملاك، بل ربما يقال: إن «من أتلف» ليس رواية وإنما قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار، فلا إطلاق لها حتى يتمسك بها في المقام.

نعم الظاهر عدم الإشكال في الضمان إذا كان جاهلاً لأنه وديعة، بأن ظن أنه له أو تبرع، إلاّ إذا كان هناك سبب أقوى، كما إذا قدم إلى الغير طعام إنسان فزعم أنه هدية من المعطي إليه، فإن تلفه يوجب كون قرار الضمان على المهدي، كما حقق في كتاب الغصب، وإن كان هو ضامناً أيضاً لدليل اليد وغيره.

(١) الوسائل: ج٩ ص١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات ح١.

(مسألة ٣): قال في الشرائع: (وإذا ظهر أمارة الموت وجب الإشهاد بها).

وفي الجواهر: (كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصية بها، ولعله يريد ذلك ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ وحرمة التفريط بها وترك ذلك يقتضي ذلك، فإن الوارث بدونه يستحق بإرثه جميع ما كان يده عليه، وكذا الديان، والوصية بها مع عدم الإشهاد لا يرفع ذلك، فلا محيص حينئذ عن إرادة معنى الإشهاد عليها من الوصية بها كالعكس).

أقول: الظاهر أن الإشهاد من باب المثال، وإلا فكلما يوجب رد الوديعة إلى صاحبها واجب تخييري، سواء كان بالإشهاد أو الوصية بها أو بالثلث المنطبق عليها، كما إذا كانت عنده فقال لأولاده: أوصيكم بإعطائها لزيد، أو بالكتابة أو بالإرسال إلى المالك، كما إذا كانت الوديعة حيواناً إذا أطلق سراحه ذهب إلى مالكه، وإن كان وصوله إلى المالك بعد موت المستودع، أو غير ذلك، ولذا لا يجب أي ذلك إذا كان المودع يستولي عليها ولو بزعم أنه غصب من الورثة، إذ قد عرفت المعيار في الوجوب.

ومنه يعلم أن الوجوب ليس ذاتياً بل غيري، وذلك يتوقف على حقيقة الموت، فظهور أمارات الموت التي لا تنتهي إلى الموت لا يوجب شيئاً، فإن ترك والحال هذه لم يكن إلا تجرياً.

ومما تقدم يعرف أن قول الجواهر: (فالمتجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمنة التفريط وإن أشهد بعد ذلك) غير ظاهر الوجه، إذ المعيار عمل ما يوجب رجوع الوديعة إلى صاحبها، وذلك يتحقق بالإشهاد أو نحوه في آخر فرصة فلا وجه لتحقق الضمان.

أما قوله بعد ذلك: (هذا كله بناءً على جواز بقائها وديعةً عنده مع ظن الوفاة، وإلا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان، وإلا فالحاكم، وإلا فعدول المؤمنين، ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ ويوصي بردها، وذلك لإطلاق وجوب رد الأمانة إلى أهلها والخطابات المطلقة، فتضيق بظن الوفاة لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامتثالها، والتضيق بالمطالبة لا ينافي التضيق بذلك).

فغير ظاهر، فإن وجوب رد الأمانة لا يدل على الوجوب عليه إذا كان المالك لا يريدها وكانت الورثة يردونها، ولذا أشكلنا على العروة في بحثه للأموات حيث قال: (يجب عنه ظهور أمارات الموت أداء حقوق الناس الواجبة ورد الودائع والأمانات التي عنده مع الإمكان، والوصية بها مع عدمه مع الاستحكام على وجه لا يعتريه الخلل بعد موته)، فإن إيجاب رد الودائع لا دليل عليه، وإنما الواجب جعل الوديعة بحيث ترجع إلى صاحبها إذا أرادها، وربما يؤيده رد علي (عليه السلام) ودائع رسول الله (صلى الله عليه وآله)[1].

ولذا كان المحكي عن المبسوط والسرائر أنهما قالا: (إذا حضرته الوفاة فإنه يلزمه أن يشهد على نفسه بأن عنده وديعة لفلان، ويشهد حتى لا يختلط بماله)، وفي القواعد: (ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة)، وعن التذكرة والمفاتيح وظاهر جامع المقاصد: جعل الواجب الإيصاء بدون الإشهاد، وفي الشرائع والتحرير والإرشاد: وجوب الإشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفاة، على اختلافهم في التعبير، وعن الكفاية: إن في المسألة قولين: وجوب الإشهاد على قول، أو الإيصاء على قول آخر، ونحوه

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١٢.

عن المفاتيح لكنه استظهر براءته بالإيصاء.

نعم في التحرير: (إذا حضرت المودع الوفاة وجب عليه دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة على الترتيب، ولو تعذر وجب الإيصاء بها والإشهاد).

ونحوه المحكي عن التذكرة في أول كلامه.

وفي مفتاح الكرامة: (ولعل وجهه أن الإيصاء غير كاف في دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها إلى أهلها، ولعل مراده الأولوية لأنه قال في التذكرة بعد ذلك في فروع المسألة: الأقرب الاكتفاء بالوصية وإن أمكنه الرد إلى المالك لأنه مستودع لا يدري متى يموت فيستصحب الحكم، ويحتمل أن يجب عليه الرد إلى المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه كما إذا عزم على السفر، وهو قول أكثر الشافعية).

ولا يخفى أن مراده بالمرض المرض المخوف، وإلا ففي مجمع البرهان وغيره ــ كما حكي عنهم ــ أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض.

وعلى أي حال، فلا دليل على وجوب أكثر من الإتقان الموجب لعدم الخيانة، وذلك يتحقق بأي وجه عرفي على سبيل التخيير، فإن لم يكن إلا وجه واحد تعين، وإن أمكن بوجهين كأن يشهد لبعضها ويوصي لبعض كفى، وهكذا إذا أمكن بوجوه ثلاثة لكل أبعاضها.

ومنه يظهر حال ما إذا كان يصل إلى المودع وإن لم يشهد، كما إذا سجله من أول الأمر في المصرف بأنه بعد موته يعطى لفلان، نعم يجب أن لا يوقع على نحو الوصية فيما إذا كان أكثر من ثلثه بما لا يجيزه الوارث مما يسبب تلف بعض الوديعة على صاحبها، وإلا جاز.

كما أن منه يظهر الحال فيما إذا كان له مال إذا لم يوص ولم يشهد أو لم

يظهر محله وما أشبه ذلك ضاع للوارث أو الديان أو نحوهما، لأن في ذلك تلف المال على صاحبه الوارث، وعدم وصول الدين الواجب إيصاله إلى الديان إليهم، وكلاهما محرم شرعاً.

ثم لا يخفى أن مرادهم بالإشهاد هو إشهاد من يثبت بقوله، سواء كان شاهدين أو كالخبر المحفوف بالقرائن أو ما يوجب التواتر أو ما أشبه ذلك، لأنه طريقي كما عرفت، فلا خصوصية لإشهاد شاهدين، فقول مفتاح الكرامة: (والمتبادر من الإشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الإثبات حيث ينكر الورثة أو يكون بعضهم صغاراً لأن لا يمتنع الوصي من تسليمها إلى مالكها من دون الإثبات) محل تأمل.

ثم إن القواعد قال: (إلاّ أن يموت فجئة على إشكال ومثله القتل غيلة)، ومراده عدم الضمان وهو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، لكن خيرة الإيضاح في المحكي عنه الضمان، واحتج عليه بأن الوصية والإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها، وفي نفس الأمر إن لم يعلم، وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط إلاّ ذلك.

وفيه: إن المدار في الضمان على التقصير والتفريط والخيانة، وليست أي ذلك في المقام في الموت فجئة أو غيلة، إلاّ إذا كان الموت فجئة عقلائياً بحيث يسمى خيانة بعدم الوصية والإشهاد، كما إذا ابتلي بالسرطان وقال له الأطباء أنه يموت في لحظة ما، أو أنه يريد السفر في مكان مخطور من جهة غرق أو حرق أو لص أو نحو ذلك.

وعلى أي حال، إذا لم يصل المال إلى المودع ولو لم يكن المستودع عاصياً

لم يسقط المال أو بدله عن ملكية المودع، فله التقاص من التركة مثلاً في المثلي وقيمةً في القيمي، وإن لم يقدر على المثل في المثلي أخذ القيمة على ما فصّلناه في كتاب الغصب.

وحيث قد عرفت أن العبرة بالإتقان العرفي مما يقابل الخيانة، فلا إشكال في الإيصاء إلى فاسق متقن أو فاسد العقيدة أو كافر أو بلا إشهاد أو نحو ذلك إذا كان من الإتقان العرفي وأداء الأمانة، ولذا تقبل رواية فاسدي العقيدة إذا كانوا ثقاة، فقول الجواهر: (ولا عبرة بغيره كالإيصاء إلى فاسق أو بلا إشهاد أو نحو ذلك) غير ظاهر الوجه.

ثم مثل الإيصاء لما بعد الموت الإيصاء إذا كان مشرفاً على الجنون، أو كان له جنون أدواري، أو إغماء أو نوم غير طبيعي، فيقول في حال صحته وصحوته ويقظته بأن الأمانة الفلانية لفلان، ولو قال كذلك في حال عدم تفليسه ثم أفلس كان قوله حجة، لأنه من إقرار العقلاء المقبول، بخلاف ما إذا قال في حال حجره، لأنه لا يملك فلا يملك الإقرار، وهو المفهوم ممن ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو قال: له عندي مال وكل ما يقوله هو الحق، فالظاهر أن ما يقوله يجب تنفيذه لأنه من إقرار العقلاء، فأي فرق بين أن يقوله في حال الحياة بالنسبة إلى حال الحياة، أو في حال الحياة بالنسبة إلى حال الموت.

ولو قال مجملاً في المودع، كما لو قالا: أحدنا عنده كذا لفلان، أو في المستودع كما لو قال: أحدكما يطلب مني أو أحدهما مثلاً، أو في الوديعة كيفاً كما لو قال: له الشاة أو الفرس، أو كماً كما لو قال: بين الواحدة والعشرة، كفى إذا أمكن العلم بما لا يصدق الخيانة ونحوها، أو كان الطرف متسامحاً لا يهمه الأمر

إطلاقاً فهو راض بمثل ذلك، أو قال الطرف: يكفيني قولك مجملا، لأنه من إسقاط الحق في المسامح بالرضا، وفي المصرح باللفظ ونحوه.

ومنه يعلم أن مرادهم بلزوم التعيين غير صورة ما استثنيناه، قال في المسالك: (يجب على الودعي على تقدير الإشهاد والإيصاء تعيين الوديعة وتمييزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها، فلو اقتصر على قوله: عندي وديعة لفلان، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف، كما لو قال: عندي ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص).

كما يعرف وجه النظر في إطلاق القواعد قوله: (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله: عندي ثوب، وله أثواب ضمن)، وإن قال في مفتاح الكرامة: (هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين، وخيرة المفاتيح في الأول، وظاهر المبسوط في الثاني).

ويؤيد ما ذكرناه من الاستثناء ما علله به الحكم الأول بقوله: (فلأن الوصية إلى الفاسق تزيد في التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة).

وعلله في الثاني بقوله: (لأن الوديعة مع الإجمال لا تعرف بعينها، فلا يمكن ردها بحسب العادة وذلك مناف للحفظ).

ومما ذكرناه يعلم حال ما إذا أوصى مبهماً لكن المطلب يظهر بنفسه، كما لو قال: عندي دابة لإنسان، فإذا فتحت الورثة الاصطبل ذهبت إحداها إلى دار زيد مما يوجب العلم بأنها له بما لو لم يوص وذهبت لم يحصل العلم فلا ترد الأمانة إلى صاحبها.

ومما تقدم يعرف حال ما إذا قال: إحدى هذه النعال لإنسان من الحاضرين

وكانت إحداها يقدر رجل زيد مما يظهر أنها له، إلى غير ذلك من الأمثلة، لوحدة الملاك في الجميع.

ثم إن المسالك قال: (وعلى تقدير ذكر الجنس خاصة إما أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعدداً، أو متحداً، ففي الأولين لا يحكم للموصى له بشيء ويضمن الودعي، أما على تقدير عدم وجوده فظاهر لتقصيره ترك البيان، وأما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز فيكون تفريطاً يوجب الضمان، ولا يكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة لأصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركة الودعي، وإن كان ضامناً لحقه فيرجع إلى المثل أوالقيمة، ويحتمل كونه شريكاً لأصالة البقاء وإن حكم بالضمان كما لو مزجه بماله).

ورده الجواهر بأنه (لا فرق مع ذكره الجنس بين أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس أو يوجد، متعدداً أو متحداً، لحصول التقصير وترك البيان على كل حال، والوجود في التركة لا يقتضي كونه الوديعة، وأصالة بقائها لا تقتضي كونها المشخصة كي يكون شريكاً مع التعذر ومختصاً به مع الاتحاد).

أقول: في غير الصورة التي استثنيناها من التسامح ونحوه إذا لم يعلم المستودع الخصوصية إما لنسيان من غير تقصير أو لأجل احتراق دفتره المسجل فيه الخصوصيات أو لغير ذلك، لم يكن عليه إلاّ ذكر ما يعلم، سواء بتفصيل إن كان يعلم تفصيلاً، أو بإجمال إن كان يعلم إجمالاً، كما إذا علم أنه لأحدهما فاللازم أن يقول ذلك، لا أن يقول هو لإنسان، وإذا علم فاللازم أن يقول ما يخرجه عن الخيانة والتقصير عرفاً، فإذا أتلف شاةً لزيد مما لا توجد في تركته شاة الآن وقال: يطلبني شاةً، فالعرف لا يرون مثله خيانة، وكذلك الحال إذا وجدت عنده شياة متساوية وقال: له إحداها.

أما مع الاختلاف فإن كانت الشاة الأقل قيمة لزيد وقال إحداها له لم تكن خيانة بطريق أولى، لأنه على أسوأ الاحتمالات يأخذ الشاة الأقل قيمة ومثله ليس بخيانة.

والحاصل إن المعيار هو صدق الخيانة والتقصير ونحوهما من العناوين الشرعية أو الفقهائية، وجملة مما ذكروه ليس من تلك المصاديق، أما إدخال المسالك في المسألة الأصول فالظاهر عدم مدخليتها في التشخيص كما أشار إليه الجواهر.

ثم إن كانت الوديعة كالدينار في الحال الحاضر لم يحتج إلى تشخيصه بين دنانيره أو دنانير غيره، لما تقدم في بعض المباحث من أن الخلط في مثل ذلك ليس خلافاً، إلاّ إذا نص المودع على العدم، فإذا قال المستودع: في مالي عشرة دنانير لزيد كفى.

ثم لو شككنا بأنه هل فرط في عدم الإيصاء أو عدم ذكر الخصوصيات، أو لا بأن كان ناسياً للأصل أو الخصوصيات مثلاً، كان الأصل عدم التفريط، فلا ضمان، فإنه بالإضافة إلى كونه مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح يأتي دور «الأمين مؤتمن» وما أشبه.

ثم إن الشرائع قال: (لو لم يشهد وأنكر الورثة كان القول قولهم ولا يمين عليهم، إلاّ أن يدعي عليهم العلم).

أقول: لو أشهد وشهدوا لم ينفع إنكار الورثة، وكذلك إذا كانت شهود بدون إشهاد.

وإنكار الورثة إن كان عن علم حلفوا على العدم، وإن كان عن عدم العلم يحلفون على عدم العلم ويسقط دعوى المدعي، ولو علموا أصل الوديعة لكنهم لا يجدونها في التركة مما احتمل التلف من دون ضمان، ليس عليهم شيء بعد حمل فعل المستودع على الصحيح.

لكن ربما يقال: إن كان احتمال التلف عن عمد أو غير عمد صح ذلك،

أما إذا كان احتمال البيع وتبديلها إلى النقد اضطراراً أو ما أشبه لم يكن وجه لعدم الضمان، لأن كلا الأمرين على سبيل الصحة، فاللازم الضمان بمعنى لزوم إرجاع المثل أو القيمة، لأنهم يعلمون باشتغال ذمة الميت والأصل البقاء، كما إذا علموا أنه كان عليه حج أو صلاة أو صيام أو مال للناس أو ما أشبه ثم لم يعلموا هل أداه أو لا، ولا تقتضي العادة بالأداء لقصر المدة ونحوه، فلا يقال: هذا خلاف السيرة، حيث يعلم الورثة غالباً اشتغال ذمة مورثهم بالخمس أو بعض الصلوات والصيام ومع ذلك لا يؤدونها.

لا يقال: أصالة عدم الاضطرار محكمة.

لأنه يقال: هذا أصل مثبت ولا يمكن التمسك به فتأمل.

ثم إن الوجدان وعدم الوجدان إنما هو فيما إذا لم تكن الوديعة كالدينار، وللميت في تركته دنانير، وإلا ليس من عدم الوجدان.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق المسالك حيث إنه بعد ذكره مسألة المتن قال: (ومثله ما لو أقر الورثة بالوديعة ولكن لا يوجد في التركة وادعى المستودع أنه قصر في الإشهاد، وقال الورثة لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم، عملاً بظاهر براءة الذمة، ولا يمين أيضاً إلاّ مع دعواه عليهم بالتقصير، ويمكن أن يريد المصنف في المسألة هذا القسم بأن يكون المراد بإنكار الورثة إنكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد، وحملوا ترك إشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الإشهاد، وادعى المالك بقاءها وتقصيره في الإشهاد، والحكم في المسألتين واحد فتأمل).

ثم إنه لو اختلفت الورثة بين مقر ومنكر وجاهل، كان لكل حكمه، إلاّ أن يكون المقر بشرائط الشهادة فتبثت على الجميع.

ثم إن الشرائع قال: (وتجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة ولو كان كافراً).

أقول: ويدل على ذلك عدم الخلاف في المسألة إطلاقاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بالإضافة إلى أنه حكم العقل، وتواتر الروايات الدالة عليه، بعد قوله سبحانه وتعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[(١)].

فعن الحسين بن مصعب الهمداني، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين»[(٢)].

وفي رواية عنبسة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلاّ أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصة»[(٣)].

وعن عمر بن أبي حفص، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل علي (عليه السلام) ائتمنني على أمانة لأديتها إليه»[(٤)].

وعن أبي شبل قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام): «ابتداءً أحببتمونا وأبغضنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم في هدنة وأدوا الأمانة، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعتمونا فاتقوا الله وأدوا الأمانات إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً وإن كان شامياً»[(٥)].

وعن إسماعيل بن عبد الله القرشي: إن رجلاً قال لأبي عبد الله (عليه السلام): الناصب

(١) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعة ذيل ح١.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٢.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٣.

يحل لي اغتياله، قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام)»[1].

وعن الشيباني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم وإنه وقع لهم عنده وديعة، فقال: «أدوا الأمانة إلى أهلها وإن كانوا مجوساً، فإن ذلك لا يكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم»[2].

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل ولد الأنبياء»[3].

وعن الحسين بن أبي العلاء، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن الله عز وجل لم يبعث نبياً إلاّ بصدق الحديث وأداء الأمانة إلى البر والفاجر»[4].

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) في وصيته له: «اعلم أن ضارب علي (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأديت إليه الأمانة»[5].

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن ــ يعني موسى ــ (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً مالاً له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شيء، والرجل الذي استودعه خبيث خارجي فلم أدع شيئاً، فقال لي: «قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله». قلت: فرجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أو يمنعها، قال: «ليمنعها أشد المنع

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٦.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٧.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٨.

فإنها باعته ما لم تملك»[1].

وعن محمد بن علي الحلبى قال: استودعني رجل من موالى آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله (عليه السلام) فذكرت ذلك له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبي (عليه السلام) كان يقول: إنما نحن فيهم بمنزلة هدنة، نؤدي أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرقت الأهواء لم يسع أحداً المقام»[2].

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (عليهما الصلاة والسلام) في حديث اللإمامة (الى أن قال): «دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانة إلى البر والفاجر، وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبة وحسن الجوار»[3].

وعن الحسين بن مصعب، قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (عليه السلام) يقول: «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل الحسين بن علي (عليه السلام)»[4].

وعن أبي حمزة الثمالي، أنه سمع السجاد (عليه السلام) يقول لشيعته: «عليكم بأداء الأمانة فو الذي بعث محمداً (صلى الله عليه وآله) بالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي (عليه السلام) ائتمنني على السيف الذي قتله به لأديته إليه»[5].

وفي رواية الخصال، عن علي (عليه السلام) في حديث الأربعمائة، قال: «أدوا الفريضة والأمانة إلى من ائتمنكم ولو إلى قتلة أولاد الأنبياء»[6].

إلى غيرها من الروايات الكثيرة، واشتمال بعضها على بعض المندوبات بالقرينة الخارجية لا يوجب سراية الأمر إلى أداء الأمانة.

ثم حيث لا يمكن جمع الوجب والحرام في طرفي شيء واحد للزوم

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح٩.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٠.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١١.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٢.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٣.

(٦) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح١٤.

اللغوية في أحدهما بعد كفاية الآخر منه، ومثله لا يصدر من الحكيم، إذ الحكم للبعث فإذا بعث إلى الفعل لم يحتج البعث إلى المنع عن الترك، وبالعكس، فإذا جمع الأمران في الدليل لابد إما من حمل أحدهما على الإرشاد، أو كون أحدهما بياناً بعبارة أخرى عن الآخر، وفي المقام لا يستبعد وجوب أداء الأمانة فهما مثل أداء الصلاة وتركها.

وكيف كان، يدل على حرمة الخيانة النصوص المتواترة:

فعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس منا من أخلف بالأمانة»[1].

قال: وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «أداء الأمانة تجلب الرزق، والخيانة تجلب الفقر»[2]، وظاهر هذا الحديث الإرشاد حيث ذكر الفائدة في الطرفين.

وعن الحسين بن يزيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، في حديث المناهي: أنه نهى عن الخيانة وقال: «من خان أمانة في الدنيا ولم يردها إلى أهلها ثم أدركه الموت، مات على غير ملتي، ويلقى الله وهو عليه غضبان، ومن اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذي خانها»[3].

وعن الحسين بن خالد، عن الرضا (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من كان مسلماً فلا يمكر ولا يخدع، فإني سمعت جبرئيل يقول: «إن المكر والخديعة في النار»، ثم قال: «ليس منا من غش مسلماً، وليس منا من خان مؤمناً»[4].

وعن موسى بن القاسم، رفعه إلى علي بن أبي طالب (عليه السلام) قال: «أربعة لا تدخل واحدة منهن بيتاً إلا خرب ولم يعمر بالبركة، الخيانة والسرقة وشرب الخمر والزنا»[5].

وفي حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) مثله[6].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ذيل ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ٢.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ٤.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ذيل٤.

(٦) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة.

وفي رواية أخرى، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «ومن خان أمانة في الدنيا ولم يردها إلى أهلها مات على غير دين الإسلام، ولقي الله وهو عليه غضبان، فيؤمر به إلى النار فيهوى به في شفير جهنم أبد الآبدين، ومن اشترى خيانة وهو يعلم أنها خيانة فهو كمن خانها في عارها وإثمها، ومن اشترى سرقة وهو يعلم أنها سرقة فهو كمن سرقها في عارها وإثمها»[1].

وفي حديث آخر، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس منا من يحقر الأمانة حتى يستهلكها إذا استودعها، وليس منا من خان مسلماً في أهله وماله»[2].

وعن الأصبغ بن نباتة، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في خطبة له: «ليس المسلم بالخائن إذا ائتمن، ولا بالمخلف إذا وعد، ولا بالكذوب إذا نطق»[3].

وعن الحسن بن محبوب قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يكون المؤمن بخيلاً، قال: «نعم»، قلت: فيكون جباناً، قال: «نعم»، قلت: فيكون كذاباً، قال: «لا، ولا خائناً» ثم قال: «يجبل المؤمن على كل طبيعة إلاّ الخيانة والكذب»[4].

وفي حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس منا من خان بالأمانة»[5].

وفي رواية عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «إن الله عزوجل يعذب ستة بستة» إلى أن قال: «والتجار بالخيانة»[6].

وفي حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «إن المؤمن ينطبع على كل شيء إلاّ على الكذب والخيانة»[7].

وفي حديث آخر عنه (صلى الله عليه وآله) قال: «علامة المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٦ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٥.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٤.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٥.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٦.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٧.

(٧) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٨.

وعد أخلف، واذا ائتمن خان»[1].

وفي رواية أخرى عن موسى بن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا تخن من خانك فتكون مثله»[2].

أقول: سيأتي الكلام في استثناء التقاص من هذا الحديث ونحوه.

وعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال لابن مسعود: «يا بن مسعود، لا تخونن أحداً في مال يضعه عندك، وأمانة ائتمنك عليها، فإن الله تعالى يقول: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾»[3].

وفي الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «الخيانة أخو الكذب».

وقال (عليه السلام): «الخيانة صنو الإفك».

وقال (عليه السلام): «الخيانة رأس النفاق».

وقال (عليه السلام): «الخيانة دليل على قلة الورع وعدم الديانة».

وقال (عليه السلام): «إياك والخيانة، فإنها شر معصية، فإن الخائن المعذب بالنار على خيانته»[4].

وقال (عليه السلام): «توخى الصدق والأمانة، ولا تكذبن من كذبك، ولا تخن من خانك».

وقال (عليه السلام): «ثلاث شين الدين: الفجور والغدر والخيانة».

وقال (عليه السلام): «جانبوا الخيانة فإنها مجانبة الاسلام».

وقال (عليه السلام): «رأس النفاق الخيانة».

وقال (عليه السلام): «رأس الكفر الخيانة»[5].

وحيث إن العرف هم الملقى إليهم الكلام في أداء الأمانة، فالتأدية يرجع فيها إلى المتعارف في رد الودائع، فلا يجب مثلاً الركض ونحوه لأداء الأمانة إلاّ إذا كان الركض موجباً للصدق، حيث إنه إذا لم يركض تلفت الأمانة بسبب مطر أو برد أو ما أشبه ذلك.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح٩.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح١٠.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح١١.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح١٢ وذيله.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح١٢ وذيله.

ومنه يعلم الوجه في قولهم: إنه يعتبر فيه الإمكان عقلاً وشرعاً، حيث إن غير الممكن عقلاً أو شرعاً غير مكلف به.

قال في المسالك: (والمراد بالإمكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي، ولو كان في صلاة واجبة أتمها، أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول، أو في قضاء حاجة فإلى أن ينقضي الضروری منها).

ثم قال: (وهل يعد إكمال الطعام والحمام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً، وجهان، واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكالة بأنها أعذار في رد العين، وينبغي أن يكون هنا أولى. وهل التأخير ليشهد عليه عذر، قيل: نعم ليدفع عن نفسه التزاع واليمين لو أنكر الرد، وقيل: لا لأن قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة، ولأن الوديعة مبنية على الإخفاء غالباً، وفصل آخرون تفصيلا جيداً فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمة، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك).

لكنك قد عرفت أن الإطلاق في كلا الطرفين وحتى في التفصيل غير ظاهر الوجه، بل المعيار ما ذكرناه.

ومنه ما إذا أراد أن يأخذ ماله من المستودع ليشرب به الخمر أو يقامر أو يزني، حيث كان عدم الإعطاء من النهي عن المنكر، أو كان عدم الإعطاء لأجل أن يلتزم بالصلاة ونحوها حيث كان سبباً لإتيانه المعروف، بل الظاهر أنه يجوز أن يسرق منه المال إذا كان ذلك سبباً لعدم وجدانه المال حتى يقامر ويشرب الخمر أو نحو ذلك، فحال عدم إعطاء المال لمن له، في الحرمة حال سائر المحرمات في ملاحظة الأهم والمهم، ولا يسمى مثل ذلك خيانة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا تعارض بين الواجبين أحدهما لنفسه والآخر أداء الأمانة أصلاً أو فعلاً، كما إذا كانت تفوت الرفقة إذا ذهب لأداء المال فلا يتمكن من أدائه الحج الواجب عليه، فيما كان المال يسيراً حيث يرى العرف أهمية الحج على ذلك، أو نحو ذلك، وكذلك فيما إذا توقف نجاة المشرفين على الغرق في السفينة إذا لم يلق الوديعة في البحر، فإن ذلك أهم.

وقد تقدم البحث في أنه هل يضمن في مثله للأصل، أو لا لأنه يلقيه بأمر شرعي فهو كإلقائه بأمر المالك ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[1].

وعلى كل حال فليس الواجب حينئذ أداء الأمانة أو التعجيل في الأداء، كما أن العدم ليس من الخيانة في شيء.

وكما لا يجب رد الوديعة بل أحياناً يحرم في الموارد المذكورة، كذلك لا يجب ردها إذا كان قرآناً وارتد المودع أو كان وارثاً له وقد ارتد المورث.

وكذلك حال العبد المسلم بالنسبة إلى المرتد، والسلاح ونحوه بالنسبة إلى المحارب الذي كان مسالماً سابقاً ثم اتصف بكونه حربياً حيث يستعمله في الحرب، كافراً كان أو باغياً أو ما أشبه كقطاع الطرق حيث يستعمل سلاحه ضد المودع أو غيره من المسلمين.

وليس من الخيانة عدم الرد حتى يظهر حكمه في المشتبه به، سواء بينه وبين المودع، أو بين المودعين، كما أنه ليس منها حفظها حتى يظهر الوارث أو الولي فيما إذا تجنن المودع، إلى غير ذلك من أمثاله.

ثم هل أدلة الوديعة شاملة للكافر الحربي أو منصرفة إلى محترم المال، المشهور بل احتمل الإجماع فيه على الأول، خصوصاً بعد الأمثلة في الروايات كقاتل علي (عليه السلام) والحسين (عليه السلام)

---

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

وأولاد الانبياء (عليهم السلام)، لكن أبو الصلاح على الثاني، والانصراف غير بعيد، إلاّ أن التجري بالفتوى خلاف فهم المشهور محل إشكال.

ولا منافاة بين أن يكون مال الحربي فيئاً للمسلمين وجائز السلب، مع عدم أن تكون وديعته كذلك، كما أنه يجوز أسر نساء الحربي لكن لا يجوز وطئهن وهن عنده، كما إذا تجسس مسلم في لباس الكفار على المحاربين فهل يقال بأنه يجوز له وطي زوجاتهم وهن في حبائلهم، بل قلنا إن إطلاق أدلة القضاء يوجب لزوم الحكم بالحق فيما إذا اختلفا مسلم وحربي في أن المال لأيهما والقاضي يعلم أنه للحربي، فهل يصح أن يفتي أنه للمسلم، وكذلك الاختلاف في زوجة بينهما إلى غير ذلك.

وقتلة علي والحسين (عليهما السلام) وأولاد الأنبياء (عليهم السلام) ليسوا بمسلوبي، المال بل المال لهم أو لورثتهم لو ارتدوا بعملهم ذلك.

ويظهر من الجواهر نوع تأمل في المسألة، مع الميل إلى كلام أبي الصلاح، حيث ذكر أنه إذا كان المودع حربياً وجب على الودعي أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام، ورماه بعضهم بالشذوذ، فقال في الجواهر تعقيباً على ذلك:

(لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور بعد معلومية جواز تملك مال الحربي وأنه فيء للمسلمين وأنه كالأموال المباحة وأن له التوصل إليه بكل طريق من الربا والسرقة وغيرهما، أنه لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال، فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملكه، أو أنه وإن جاز له ذلك إلاّ أنه يجب عليه رده له وإن ملكه، عملاً بالدليلين معاً، إلاّ أنه لا يخفى صعوبة الالتزام بكل منها، بل قد يتأمل في دلالة أدلة المقام على مثل ذلك، وإنما هي مساقة لبيان وجوب رد الوديعة على البر والفاجر والمسلم والكافر الذي يمكن تتريله على محترم المال).

إلى أن قال: (بل قد يشكل رد المال على الحربي بكونه محكوماً بأنه فيء للمسلمين وملك لهم، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبي الصلاح، وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحتى على من عليه حق المقاصة لغيرهم أمكن المناقشة فيه بما عرفت).

ثم قال الشرائع: (إلاّ أن يكون المودع غاصباً لها، فيمنع منها، ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار).

أقول: وذلك لأنه ليس للمودع، فأدلة الوديعة منصرفة عنه قطعاً، بل لا تسمى وديعة إلا صورة، فيجب على المستودع رد المال إلى صاحبه إن عرفه، وإن جهله عمل بحكم مجهول المالك.

ولذا قال في الشرائع: (ويجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف، وإن جهل عرّفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق إن كره صاحبها).

أقول: وذلك لما ذكرناه في أدلة اللقطة ومجهول المالك، وإن كان بينهما فرق كما ذكرناه في كتاب اللقطة.

هذا بالإضافة إلى خبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه، قال: «لا يرده، وإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، وإلا كان بيده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها، وإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له»[1].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٦٨ الباب ١٨ من أبواب اللقطة ح١.

لكن من الواضح أنه كذلك إذا كان المال مقطوع السرقة، أما إذا كان محتملا بين السرقة وبين اللص ففعل المسلم يحمل على الصحيح وان عرفنا أنه لص، بل قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن فعل كل إنسان يحمل على الصحيح وان كان كافراً لأنه مقتضى السيرة من زمان رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى اليوم على ما ذكرنا تفصيله هناك.

وبعد الخبر المذكور المجبور بعمل الأكثر كما عرفت لا مجال لخلاف الحلبي والحلي، حيث أوجبا ردها إلى إمام المسلمين، ومع التعذر يبقى أمانة ثم يوصي بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، والفاضل في المختلف من أنه قواه لأنه أحوط، والمفيد والديلمي حيث أوجبا إخراج الخمس قبل التصدق ولم يذكرا التعريف، والفاضل في الإرشاد، وتبعه الشهيد الثاني حيث خيرا بين الصدقة بها بعد اليأس والتعريف مع الضمان وإبقائها أمانة.

وعلى أي حال فأدلة اللقطة ومجهول المالك تشمل المقام ولو بالملاك، وقد ذكرنا في كتاب اللقطة صحة إعطاء اللقطة وأمثالها إلى الحاكم الشرعي، لأنه ولي الغائب والقاصر ونحوهما.

ومن ذلك يعرف عدم وجه تردد الجواهر حيث قال: (ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء ولم يجز، أو بمعنى كونه كسائر الديون فيجب الإيصاء به ويجب على الورثة، وجهان:

أولهما: أنسب بأصل البراءة.

وثانيهما: أنسب بقاعدة على اليد ومن أتلف وعدم إجازة الفضولي).

ثم لا يخفى أن ذلك لا يخص الغاصب، بل كل من كان عنده مال لغيره بدون مبرر شرعي وأودعه إنساناً آخر وإن كان معذوراً في استيلائه على المال، وهل

ينسحب الحكم إلى ما إذا كان مع آخر في نزاع وعلم المستودع أن الحق لطرف المودع بدون أن يحكم الحاكم بذلك بعد، الظاهر ذلك لأن العلم حجة ذاتية لا يقف أمامه أي دليل اعتباري، بل مقتضى القاعدة أنه لو حكم الحاكم بأنه لزيد والمستودع يعلم أنه لعمرو حق له إعطاؤه لعمرو إلاّ فيما إذا ذهبت اليمين بالحقوق على التفصيل المذكور في كتاب القضاء.

ولو تنازعا وحكم الحاكم بالتنصيف وقد أودع عند المستودع المال، فالظاهر أنه يسلمه إليهما معاً، وإن كان مقتضى علمه الإجمالي أنه لأحدهما فقط، لأن التنصيف حكم شرعي ثانوي يرفع الحكم الأولي. فلا يقال: كيف وهو يعلم أن نصف المال ليس لمن يعطيه، على تأمل ذكروه في مسألة تولد العلم التفصيلي من العلم الإجمالي.

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم أودع الجميع، فإن أمكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الآخر، وإن لم يمكن تمييزهما وجب إعادتهما على الغاصب).

وفي مفتاح الكرامة: (إن رد الجميع على المودع خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والشرائع والنافع والإرشاد والتنقيح وإيضاح النافع والرياض والغنية والسرائر، وفي الأخيرين الإجماع عليه، والإجماع ظاهر الإيضاح وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وجامع المقاصد، وفي إيضاح النافع أنه المشهور).

أقول: لكن في القواعد والتذكرة التأمل في ذلك، فإن القواعد قال: (فإن تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع، وإلا رد الجميع على المودع على إشكال)، وفي التذكرة بعد أن أفتى برد الجميع قال: (ويحتمل عندي رد قدر مال اللص إليه واحتفاظ الباقي لمالكه).

وعن السيد العميد: إن الأولى ردها إلى الحاكم، ومثله في الإيضاح، وحكي نحوه عن جامع المقاصد.

وفي الرياض: إن الأوفق بالقواعد ما في المسالك حيث قال: (إن الأوفق بالقواعد رده على الحاكم مع إمكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله، ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولي الودعي القسمة إن كان مثلياً وقدر حق الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقين، والقسمة هنا إجبارية للضرورة تتريلاً للودعي مترلة المالك حيث قد تعلق بضمانه وللحسبة، ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال. ويتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق، ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم، لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين).

أقول: في صورة الخلط حيث يمكن تمييز الحقين يشكل فعل الودعي ذلك، لأن التمييز تصرف في مال المغصوب منه، فاللازم إما إجازته إن أمكن، وإلا فالتسليم إلى الحاكم ليميز لأنه ولي القاصر، ففتواهم بأن الودعي يفعل ذلك محل نظر.

أما في صورة المزج فلا وجه لفعل الودعي إطلاقاً، كما لا وجه لتسليمه إلى الغاصب أو المغصوب منه، بل اللازم إجراء موازين الشركة، فإن اجتمعا على التمييز فهو، وإلا فالحاكم هو المميز.

أما مسألة الجهل بقدر الحقين فهي مسألة ثانوية يلزم أن تحل بينهما بالتصالح أو بتقدر الحاكم حيثما كان المغصوب منه مثلاً مجهولاً.

وعلى أي حال، فإذا لم يكن الحاكم قام مقامه عدول المؤمنين، وإذا لم يكونوا فعل ذلك الودعي حسبة.

ولذا قال في الجواهر: (لعل المتجه أولاً قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره ووكيله، فإن تعذروا فالودعي أو غيره ممن يقوم مقامهم في الحسب، كما أن المتجه الرجوع إلى الحاكم في صورة عدم العلم بالقدر، بل لعلها أولى من الأولى التي يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر، وربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمة أو الرجوع إلى الصلح معه إلى الحاكم أو من يقوم مقامهم مع تعذر المالك).

ومنه يعلم الكلام فيما إذا كان أحد المالين الممزوجين أكثر قيمة أو أقل قيمة أو أحسن أو أردأ إلى غير ذلك، وكذلك فيما إذا لم يعلم أن للغاصب هذا المخلوط أو هذا المخلوط، كما إذا خلط الحنطة بالشعير فلم يعلم أن أيهما للمغصوب منه وأيهما للغاصب ولم يمكن الاستعلام، حيث تحكم قاعدة العدل، فإذا أودعه اللص عشرة شياة وعشرة أبقار ثم مات ولم يعلم الودعي أن أيهما له وأيهما للمغصوب منه الذي فرض موته أيضاً، أو نحو الموت، أعطى الحاكم نصفهما لورثة هذا، ونصفهما لورثة الآخر.

ثم حيث إن رد الجميع على المودع على ما ذكره المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، ظاهر في كونه خلاف الأصل، اعتذر عنهم مفتاح الكرامة بقوله: (والظاهر أنهم عثروا في ذلك على خبر لأن المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة متون أخبار، خصوصاً مع قول فخر الإسلام إنه يستلزم رد المغصوب إلى الغاصب وهو حرام لا يجوز قطعاً، فهم لا يفتون بشيء بهذا الظهور من الخلاف للقاعدة إلاّ بعثورهم على رواية، لكن حيث إنا لم نعثر عليها لا نتمكن أن نفتي بما أفتوا به).

ثم لو كان المودع اشترى بعين المغصوب شيئاً وأودعه الودعي، فالظاهر أنه كعين المغصوب منه يلزم على المستودع رده إلى المغصوب منه كعين ماله، أما إذا كان الاشتراء بالمالين بما أوجب شركته مع المغصوب منه كانت المسألة كالمزج.

(مسألة ٤): قال في الشرائع: (في موجبات الضمان، وينظمها قسمان: التفريط والتعدي)، وفي الجواهر: (بل قسم واحد وهو التقصير).

وقد تبع في ذلك القواعد، حيث قال: (في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير وأسبابه ستة)، ثم ذكر الانتفاع، والإيداع، والتقصير في دفع المهلكات، والمخالفة في كيفية الحفظ، والتضييع بأن يلقيها في مضيعة، والجحود.

لكن ما فعله الشرائع أولى، إذ الذي يكون بين المستودع والوديعة إما سلبي وهو التفريط، وإما إيجابي وهو التعدي، والتقصير وإن كان يطلق عليهما إلاّ أن مادة التقصير باعتبار معناها أوفق بالإيجاب فقط.

وعلى أي حال، فربما يقال إن التفريط سلبي والسلب عدم والعدم لا يكون سبباً للضمان الذي هو إيجاب، لأن العدم ليس بشيء حتى يكون سبباً أو مسبباً، وما يرى من جعله أحدهما أو كليهما في بعض الكلمات فيقال العقاب لمن لم يصل، أو الحرمان لمن كان نائماً بين الطلوعين، أو الحرمان لمن لم يصل فهو تعبير عرفي، وإلا فالواقع أن الفعل سبب ومسبب، فمن ترك الصلاة عمداً عوقب، ومن كان نائماً فتركه لم يعط الثواب على حالته السابقة في عدم استحقاقه شيئاً، والجواب إن التفريط إيجابي أيضاً بالاستمرار في ترك الرعاية.

وعلى أي حال، فيدل على الضمان على كل من التفريط والتعدي صدق الخيانة المقابلة للائتمان، التي جعلت في النص والفتوى سبباً للضمان، ولإنه إتلاف وتضييع، ولشمول دليل اليد، ولجملة من النصوص الواردة في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والاستهلاك، بعد وضوح اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها أمانة:

مثل ما رواه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل يرهن

الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم، قال: «نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيّعه»، قلت: فهلك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلك»، قلت: فيترادان الفضل، قال: «نعم»[1].

وعن أبي العباس، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: سألته كيف يكون الرهن بما فيه إذا كان حيواناً أو دابةً أو ذهباً أو فضةً أو متاعاً فأصابه جائحة حريق أو لصوص وهلك ماله أجمع سوى ذلك وقد هلك من بين متاعه وليس على مصيبته بينة، قال: «إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلاشيء عليه»، وقال: «إن ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدق»[2].

وعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن المال، والربح بينهما»[3].

وعن الحبلي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء إلاّ أن يخالف أمر صاحب المال»[4].

وفي روايته الأخرى، عنه (عليه الصلاة والسلام)، في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن، والربح بينهما»[5].

إلى غيرها من الروايات الكثيرة.

أما رواية فضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلك إحداهما أيكون

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٢٩ الباب ٧ من كتاب الرهن ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٣١ الباب ٩ من كتاب الرهن ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح١.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح٤.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح٥.

حقه في الأخرى، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدري فعمي، أو ثياباً تركها مطوية و لم يتعاهدها و لم ينشرها حتى هلكت، فقال: «هذا ونحوه واحد يكون حقه عليه»[1].

ففي الجواهر تبعاً لغيره: إنه معرض عنه بالنسبة إلى الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره، قال: (وإن أفتى به بعضهم لكنه شاذ، مع إمكان حمله على ما إذا لم يكن تفريطاً أو بنهي المالك عنه أو غير ذلك مما لابد منه، للجمع بين النصوص التي لا خلاف معتد به في الفتوى بها بالنسبة إلى ضمان كل أمانة بالتفريط والتعدي).

لكن الظاهر عدم تعرض الرواية لما نحن فيه إطلاقاً، فلا حاجة إلى حملها على المحامل المذكورة.

هذا بالإضافة إلى مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام): رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في مترل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن لها إن شاء الله»[2].

ورواه علي بن محبوب، قال: كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام)، وذكر مثله[3].

ويؤيده رواية الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه»[4].

ثم إن المسالك فرق بين التعدي والتفريط بقوله: (والفرق بينهما أن التفريط

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ذيل ح١.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٢.

أمر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه).

لكن الظاهر أنه أراد بالأمر العدمي ما ذكرناه لا العدم المحض، وإلاّ ورد عليه ما تقدم.

ولذا قال في الجواهر مستشكلا عليه: (قد عبر عنه في نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك مما هو أمر وجودي أيضاً، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم، فلا يكفي حينئذ في إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً).

لكن قوله: (وإن تقوم بعض أفراده بالعدم) محل تأمل، إذ الوجود لا يتقوم بالعدم، فإن العدم ليس بشيء حتى يكون في مجال الوجود إطلاقاً، كما أن العدم لا يتقوم بالوجود إطلاقاً، والأصل جار فيه لأن السقي والاعتناء ونحوهما أمر وجودي، فإذا شككنا في أنه فعله أم لا كان الأصل العدم لولا الدليل الثانوي.

ثم إن الشرائع مثل للتفريط: بأن يطرحها فيما ليس بحرز، أو يترك سقي الدابة أو علفها أو نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر.

ومن الواضح أن ما ذكره من باب المثال، إذ يمكن أن يطرح الوديعة فيما ليس بحرز، لكنه لا يذهب عنها بل يقف عليها مما لا يسمى تفريطاً، وكذلك يترك سقي الدابة أو علفها بينا هي تذهب إلى السقي والعلف، أو يترك نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر لكن الريح تنشره بما لا يوجب فساده، إلى غير ذلك.

ثم إن الجواهر قال: (ولعل الأمر في ذلك كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بينة، ولو لأنه أمين يصدق في دعوى عدم التفريط، أو لأن قوله موافق لأصالة البراءة من الضمان الذي هو غير محتاج إلى واسطة، بخلاف عدم نشر الثوب الذي هو واسطة في إثبات الضمان).

لكن الظاهر أن أصل البراءة من الضمان لا مجال له بعد وجود الأصل السببي.

ثم إن التفريط إن كان عن علم وعمد وقدرة فلا إشكال في الضمان، بل الإجماع عليه، أما إذا كان عن جهل أو نسيان أو سهو أو غفلة أو جنون أو نحو ذلك، أو كان لأجل أن الجائر لم يتركه يعتني بها، أو كان من جهة أحوال جوية كالمطر الغزير والسيل الجارف الحائل بينه وبين الوديعة حتى يذهب إليها ويصلحها، أو خوف حيوان أو خوف إنسان، أو اضطرار من جهة اشتغال بالأهم، أو مرض لم يقدر معه من الحفظ إلى غير ذلك، فالظاهر أن دليل الرفع و«ما غلب الله عليه» وما أشبه يشمله، بالإضافة إلى أنه ليس من الخيانة في شيء، وقد عرفت أن الخيانة محور الحكم.

نعم إذا كان السبب الظالم والمكرِه ومن أشبه فالضمان عليه، لأنه السبب فيشمله دليل «من أتلف» ونحوه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن القواعد حيث قال: (ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان)، وهو المحكي عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد أيضاً.

وقد مال إليه الجواهر أخيراً بعد أن تردد فيه حيث قال: (إنما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعة لذلك، أو نسياناً أو إكراهاً ونحو ذلك مما يكون الودعي معذوراً فيه شرعاً، وجهان، لكن الإنصاف إمكان ما يقضي بتسليم مباشرة الإتلاف ونحوه مما يصح النسبة معه حتى مع الغفلة والنسيان، ولعل هذا هو المدار في التفريط والتعدي، فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان، وإلا فلا).

نعم إذا كان شيء من ذلك مما ينسب إليه عرفاً حتى يسمى خيانة ونحوها ضمن، فإن للوديعة شؤوناً في العرف ولو من جهة لزوم الفحص عما يلائمها إذا

تركها الإنسان كان خائناً.

وكذلك الحال فيما إذا أكره وكان سبب الإكراه هو بنفسه بأن أخبر الجائر أن عنده مال فلان فحال الجائر بينه وبين الحفظ لعداوة له مع المودع أو ما أشبه ذلك.

وكذلك إذا كان النسيان لا يعد عذراً لأنه نشأ من الإهمال، وقد تكلمنا حول النسيان العذري وغير العذري في كتاب الطهارة والصلاة، تبعاً للفقهاء الذين ذكروه هناك.

ومما تقدم ظهر أنه ليس من التفريط ما عمل حسب الموازين العرفية، لكنه عطب بسبب مفاجأة بحيث إنه لو كان يعلم المستقبل ما كان عمل حسب الميزان العرفي ولم يعطب، مثلا ترك الحيوان في الصحراء في الصيف لكن تغيم الجو فجئة ونزل المطر بما سبب البرد الشديد فهلك، أو جاء السيل المفاجئ فجرف به، أو انفجر البركان لمن كان قريباً منه فأهلك، إلى غير ذلك.

وكذلك حال ما ذكره الجواهر في عداد التفريطات بقوله: (أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن)، فإنه حيث كان من غير ضرورة ولا إذن ولا عرفية يكون موجباً للضمان، أما إذا كان من ضرورة أو إذن أو عرفية فلا ضمان، وقد تقد مت المكاتبة الدالة على ذلك.

ولا فرق في كون المودع عنده زوجته أو عبده أو خادمه أو جاره أو صديقه أو غيرهم، كما لا فرق بين أن يكون ثقة أو غير ثقة، وهكذا لا فرق بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها، أو شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره.

وفي المسالك: هو موضع وفاق ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته، ثم قال: (وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج.

نعم لو كان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به، ويلاحظ المحرز في عوداته رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به، ولأنه إيداع عند الحاجة).

والميزان ما ذكرناه من الضرورة والإذن والعرفية، وهي من مصاديق الإذن لكنها حسب الارتكاز، والإذن صريح، وهي مختلفة في مورد عن مورد، ووديعة عن وديعة، وزمان عن زمان، ومكان عن مكان، وحالة عن حالة، كما لا يخفى.

ثم اللازم الاقتصار في الضرورات والإذن والعرفية على مواردها، وربما كانت ضرورة لكن البقاء عنده أقل ضرراً من الإيداع، كما إذا كان الإيداع يوجب تلف نصف القطيع بينما البقاء عنده يوجب تلف أقل من النصف، إلى غير ذلك.

ولو تعارض الأمران من جهتين لوحظ الأهمية، مثلاً إذا بقي عنده ذهب الغاصب بخياره، أما إذا أودعه ذهب أكثر كمية وأقل كيفية، فإن اللازم الإيداع، والعكس بالعكس، واذا تساويا كماً في أحدهما وكيفاً في الآخر تخير.

قال في المسالك: (لو حصل ضرورة الإيداع، بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفراً فتعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم ولا يسمى ذلك إيداعاً، فإن تعذر أودعها العدل، وهذا هو الخارج بالقيد، فلا يجوز إيداعها للضرورة ابتداءً بل على الوجه الذي فصلناه، وسيأتي في كلامه التنبيه عليه).

أقول: المهم أن يكون الإيداع وعدم الإيداع حفظاً للأمانة عرفاً، ويكون خلافه خيانة، فكل ما تحققت الخيانة يجب الاجتناب عنها، كما أنه كلما تحققت الأمانة العرفية يجب العمل بها، وإلا فالضرورة ليست عنواناً في نص أو إجماع أو ما أشبه ذلك في باب الوديعة، كما أن العرفية كذلك، نعم الإذن يكون من باب أن الوديعة تقدر بقدره.

ومن الواضح أن قول المسالك: (دفعها إلى الحاكم) من باب المثال، فإنه إذا لم يكن حاكم صح إيداعه وكيله، فإذا لم يكن وكيله صح إيداعه للمؤمنين على حسب ما ذكروه في ولاية الفقيه.

ثم من الواضح أن الضرورة لا تخرج الوديعة عن كونها وديعة، وإنما تكون من باب الحفظ المأمور به شرعاً، لأن الإذن في عقد الوديعة شامل لمثل ذلك ولو ارتكازاً.

ثم إن الوديع الثاني وديع للمالك إن كان الإذن ولو الارتكازي شاملاً له، أما إذا لم يكن كذلك بل أودعه الوديع الأول من باب أمر الشارع بذلك فإنه يكون وديعاً للوديع الأول.

فلا وجه للإطلاق في أحد الجانبين، وإن كان ظاهر الجواهر ذلك مع توقفه في المسألة قائلا:

(وهل يكون الوديع الثاني حينئذ وديعاً للمالك فلا ينفسخ بموت الوديع الأول مثلاً، أو أنه وديع له لا للمالك)، ثم قال: (إنه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرد الإيداع حتى يعلم الضرورة أو الإذن، أو يحكم بالبراءة حتى يعلم عدم الضرورة والإذن، وجهان).

لكن الظاهر أن مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح خصوصاً الوديع الذي هو مؤتمن، أن فعله يحمل على الضرورة، ولا مجال للأصل في المقام بأن يقال الأصل عدم الضرورة فهو ضامن.

ومن الواضح تصديق الأمين في بعض الضرورة والإذن، فقول الجواهر: (إن له وجهاً وإن كان يقوى خلافه) محل نظر.

ثم قال: (كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلاً أو السفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والإذن ولو بدعواه ذلك بناءً على تصديقة لموت ونحوه).

لكنه غير ظاهر، بل اللازم الحكم بعدم الضمان، وكأنه أشار إلى الإشكال فيما ذكره بقوله أخيراً: (فتأمل).

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول القواعد حيث قال: (ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلاّ مع الضرورة، كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه، إذ قد عرفت أن المستثنى ليس الضرورة فقط، بل العرفية والإذن أيضاً، والفرق بين الإذن والعرفية أن الإذن صريح والعرفية ارتكاز).

وفي مفتاح الكرامة: إن قضية الماتن كالمبسوط[1] (أنه لا فرق بين كون العادة مطردة بالإخراج لذلك وعدمه، ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه أو غلامه، مع صحبته له وعدمه، لأن النقل تصرف وهو غير جائز)[2].

وفيه: إنه من أين أن النقل غير جائز إلاّ في صورة الضرورة، وقد عرفت أن المستثنى أكثر من الضرورة.

كما أن مما تقدم يعرف وجه القبول والرد في قول التذكرة: (إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابة لعلفها وسقيها جاز له ذلك، لأن الحفظ متوقف عليه ولا ضمان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقي واضطر إلى إخراجها، وإن أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها فالأقرب عدم الضمان لجريان العادة بذلك).

ثم لو أخرجها للضرورة وكان هناك طريقان أحدهما أطول أو أوعر أو ما أشبه ذلك، فإن رأى العرف التساوي تخير، وإلا قدم ما كان عرفياً ولو كان الأطول أو الأوعر أو ما أشبه ذلك، لمحذور في الطريق الأسهل ونحوه.

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي، كما لايخفى لأن الدليل أعم منه.

وإذا أودعه السيارة أو الباخرة أو الطائرة أو القطار أو الدراجة أو ما أشبه

---

(١) المبسوط: ج٤ ص١٣٧ في مسائل فيما أودع حيواناً.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٢٧٩.

ذلك فإن كان في إبقائها في محلها محذور سار بها، سواء ساقها بنفسه أو بثقة، بقدر الضرورة أو الإذن أو العرفية لوضوح عدم خصوصية للدابة، بل الملاك آت فيها.

ولو كان المتعارف استصحاب الحيوان في الطريق استصحبه، فلو اتفق العطب أو افتراس مفترس له أو ما أشبه ذلك لم يضمن.

وكذلك حال ما إذا كانت الوديعة طيراً أو هراً أو سمكةً، تعود الطير الطيران ثم الرجوع، وكذلك بالنسبة إلى الآخرين حيث تذهب السمكة من الساقية إلى النهر ثم ترجع، فاتفق عطبهما بسبب غير مألوف.

ومنه يعلم حال ما اذا أودعه طفلاً غير بالغ فيذهب الطفل بنفسه إلى المدرسة، أو مجنوناً يتعارف ذهابه إلى الشارع ورجوعه، نعم في الماليات ينفع الإذن وإن كان في ذلك التصرف خطر، أما في مثل الإنسان لا ينفع الإذن في موضع الخطر، لأنه لا يجوز للوديع المخاطرة به وإن اذن له وليه فيه، فيبقى الاستثناء بجوازه شرعاً بالإضافة إلى العرفية والاضطرار.

ومنه يعلم وجه التقييد في قول الشرائع: (أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه)، ومراده بكذلك أي بلا ضرورة ولا إذن.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه).

وفي التذكرة: (لو سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف).

لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة التقييد، أما الحديث المروي في كتبنا الفقهية وكتب العامة عن النبي (صلى الله عليه وآله): إن «المسافر وماله لعلى تلف إلاّ ما وقى الله»[1].

---

(١) راجع كشف الخفاء للعجلوني: الرقم ٢٠١٤.

فالمراد به أكثرية العطب في السفر، وإلا فكل من المستثنى والمستثنى منه جار في الحضر أيضاً، فاللازم مراعاة الإذن والضرورة والعرفية في كل من السفر بها أو البقاء في الحضر، وربما يرجح ذلك وربما يرجح هذا وربما يكون التخيير.

وقد أشار إلى لزوم السفر بها عند الضرورة التذكرة قائلاً: (لو اضطر إلى السفر بالوديعة بأن يضطر إلى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم تجد المالك ولا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها، ولاضمان إجماعاً، لأن حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب، فإذا لا يتم إلاّ بالسفر بها كان السفر واجباً ولا نعلم فيه خلافاً).

ثم ليس الأمر خاصاً بالدابة، بل الحال كذلك في السفر بسائر الودائع من الكتب والأمتعة والآلات والأغذية والمشروبات وغيرها.

ولو تمكن من حوالة النقد من بلد بسبب المصرف إلى بلد آخر، ومن استصحابه في السفر، فإن كان أحد الثلاثة بالاستصحاب فهو، وإلا لزم الحوالة لأنها آمن بخلاف السفر به، نعم احتمال العطب غير العقلائي في السفر لا اعتناء به.

ولو كانت هناك عدة أسفار بعضها أكثر أمناً من بعض، كالسفر بها بالسيارة أو القطار أو الطائرة أو الباخرة، فإن تساوت عرفاً تخير، وإلا كان اللازم اختيار الأكثر أمناً، إلاّ إذا كان احتمال عدم الأمن في غيره غير عقلائي.

ومثل الوسائل المتعددة فيما ذكرناه من التخيير أو التقديم ما إذا أمكن أسفار متعددة إلى مواضع متعددة، مثلاً يتمكن من السفر بها من بغداد إلى سامراء أو إلى النجف أو إلى كربلاء، لوحدة الملاك في الموضعين، ومثل حال الأسفار

المتعددة الأيام المختلفة كالسبت والأحد والاثنين، أو الأسفار التي يصاحب لها فيها عبده أو ولده أو أخوه أو غيرهم.

ثم هل يجوز السفر أو عدم الحرز مع تحمله الضمان، الظاهر العدم، لأن هناك تكليفاً ووضعاً، والتحمل يكفي في الوضع لا التكليف، نعم إذا كان إذن أو ارتكاز كما إذا قال: إن فرطت لا شيء عليك إلاّ الضمان، أو كان ذلك ارتكازه جاز.

قال في الجواهر: (لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها، سافر بها حينئذ ولا ضمان عليه).

أقول: إن كان السفر ضرورياً للوديعة فكما ذكره، أما إذا كان ضرورياً له فلا إشكال في رفعه التكليف، أما رفعه الوضع ففيه الكلام السابق، حيث ذكرنا احتمال الضمان من جهة عدم التنافي بين الأمرين، فهو كما إذا اضطر إلى استعمال الوديعة بأكل الطعام أو لبس اللباس أو ما أشبه ذلك حيث يضمن.

اللهم إلاّ أن يقال: إنه ليس المقام مثل أكل الطعام ونحوه، من حيث إن في أكل الطعام يأتي دليل «من أتلف» و«على اليد» ونحوهما، بخلاف المقام حيث لا يسمى سفره الضروري خيانة، وقد عرفت فيما سبق أن الحكم دائرمدار الخيانة وجوداً وعدماً، فتأمل.

ومنه يعلم ما إذا كان الأمر ضرورياً للثالث، كما إذا كان غريق يريد إنقاذه وبإنقاذه ينهب الوديعة الناهب أو يسرقها السارق أو ما أشبه ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في إطلاق كل من الجانبين مما لخصها الجواهر في ضمن مسائل:

منها: إن له السفر وإن لم يكن ضرورياً له ولا يحرم عليه السفر من جهتها

كما سمعته من المبسوط والتذكرة إلاّ أنه يجب عليه الرد المزبور، وقد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً، بأنه مخالف للسيرة المستمرة في جميع الأعصار والأمصار على السفر من الوديعيين بدون ذلك، والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله، وليس ذلك إيداعاً لها عندهم، بل هو نحو اللبث أياماً عديدة لما دون المسافة بالاعتكاف وغيره والوديعة في حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم، ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمة للحفظ الواجب عليه.

ومنها: وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمة للحفظ الواجب عليه، وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق كي يكون ذلك واجباً عليه للمقدمة.

ومنها: التخيير بين السفر بها ضامناً لها أو لا والإقامة مع تعذر النفقة.

ثم الظاهر كما ألمعنا إلى مثله فيما سبق، أنه لو زعم ضرورة السفر بها فسافر ثم تبين العكس، أو زعم ضرورة إبقائها فأبقاها وسافر هو ثم ظهر العكس، لم يكن ضمان لأن الإنسان مكلف أن يعمل حسب نظره، بل المودع لا يريد منه إلاّ ذلك.

ولو كان في كل من السفر بها والإبقاء لها احتمال الخطر لم يستبعد استصحاب النصف وإبقاء النصف لأنه مقتضى العقلائية كتنصيف المال المحتمل كونه لهذا أو ذاك، وكذلك حال ما إذا كان هناك حرزان أحدهما محل الخطر فإنه ينصف المال بينهما نصفين، فإن المخالفة الاحتمالية في النصف مع القطع بسلامة النصف أولى عقلاً وارتكازاً من التغرير بالكل.

ثم إن من التفريط أو التعدي ما ذكره الشرائع بقوله: (طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها)، وليس المراد التعفن فقط بل الإفساد كذلك، ومثل الأقمشة الكتب ونحوها لوحدة الملاك في الجميع.

أما ما في المسالك من أنه (يمكن اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وإن عزم على نقله قبل الفساد، نظراً إلى أنه ليس بحرز له عادة)، ففيه ما لا يخفى، لأن المعيار الفساد بعد فرض كون المحل حرزاً، فكلامه متدافع.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليها في العادة فماتت به.

أقول: مثل الموت في الضمان المرض أو نقص عضو أو نحوه كما إذا عميت أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المسالك قال: (واعلم أن الواجب علفها وسقيها كحسب العادة لأمثالها، فالنقصان عنه يعد تفريطاً، سواء صبرت عليه أم لا، ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وإن ماتت بغيره، هذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة).

أقول: لكن مقتضى القاعدة عدم الضمان إن لم تمت، وإن كان مثل هذه المسألة مشهوراً عندهم على ما سيأتي تفصيل الكلام فيه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة، وكأن الشهيد أخذه منه، قال: (لو امتنع المستودع من ذلك وعن السقي والعلف حتى مضت مدة تموت مثل تلك الدابة في مثل تلك المدة، نظر إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان، فإن ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها).

ثم لا يخفى أن الضمان في صورة الضمان إنما هو إذا علم أو شك في العطب، لا ما إذا اطمئن بالعدم كما تقدم مثله، وإنما يكون الشك موجباً للضمان لأنه من الخيانة عرفاً إذا كان الشك موجباً لتجنب العقلاء، بل الاحتمال الموجب لتجنبهم حاله حال القطع بالتضرر، كما إذا كان مائة آنية أحدها سم قاتل، فإن العقلاء لا يقدمون على شربه

إلا في غاية الضرورة من باب الأهم والمهم.

وإذا احتاج حفظ الأمانة على العلم وكان المستودع فاقداً له وجب عليه تحصيله، كما إذا لم يعلم كيفية حفظ الحيوان أو السيارة أو غيرهما كالثياب والأمتعة والكتب والأدوية والمعاجين والحبوب ونحوها.

وإذا كان الحفظ والقيام بشؤون الوديعة على قسمين، حفظ للإبقاء وحفظ للإنماء كالحيوان إذا سقي بالماء العذب نمى، وإذا سقي بغيره لم ينم بل يبقى كحالته السابقة، فاللازم الحفظ المبقي لا المنمي لعدم الدليل عليه.

وإذا كان الحيوان سميناً سمناً مضراً فلم يحفظه بما يبقى سمنه بل هزل هزالاً نافعاً فهل يضمن أو لا، الظاهر العدم إلاّ إذا كان المودع ولو ارتكازاً يريد ذلك المضر، وذلك لدليل الخيانة وعدمها في الفرعين.

ومنه يعلم حال ما لو كان عدم المشي بالحيوان يوجب ترهله فلم يمش به حتى ترهل، وكذلك حال السجاد إذا لم يوضع تحت الأقدام، إلى غير ذلك من الأمثلة التي جامعها هو لزوم الحفظ لا أكثر ولا أقل.

ومن صور التفريط ما إذا ترك الفحل حتى يترو على الأنثى مما يوجب ضعفه وهزاله، أو ترك الأنثى حتى يترو عليها الفحل فيحبلها مما يخشى عليها من الحمل والولادة.

وكذلك الحيوان إذا تركه حتى يهارشه حيوان آخر مما يوجب ضعفه أو جرحه أو نقصه جسدياً أو في بعض قواه كأن يعمى أو موته.

ومما ذكرناه يظهر وجه ما اختاره مناهج المتقين خلافاً لغيره حيث قال: (لا فرق في الضمان عند التفريط بين كون تفريطه علماً عمداً اختياراً، أو عن جهل أو نسيان أو غفلة أو إكراه، وقيل: لا يضمن إذا كان عن جهل أو نسيان أو غفلة أو إكراه وهذا أشبه، ولكن الأحوط الأول).

ومن المعلوم أن الاحتياط فيما ذكره

لكنه استحبابي لما عرفت من الدليل، هذا تمام الكلام في التفريط.

أما التعدي فقد مثل له الشرائع بأن يلبس الثوب أو يركب الدابة أو يخرجها من حرزها لينتفع بها، نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية.

أقول: وكل ذلك فيما إذا لم يكن لمصلحة الوديعة، وإلا لم يكن من التعدي في شيء، أما أن النية بمجردها لا توجب الضمان فللأصل مع ظهور عدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان بدون أن يفعله.

ثم إن الخيانة الفعلية لا تتحقق مع الاشتباه، كما إذا زعم أن الحيوان الفلاني وديعة وذبحه لأكله متعمداً، ثم تبين أنه حيوان نفسه، فإن الوديعة باقية على حالها من الأمانة وعدم ضمانه لها، كما أنه لو لبس ثياب الوديعة بزعم أنها ثيابه فظهر أنها وديعة لم تكن خيانة، وكذلك إذا زعم موت المودع الذي يرثه فاستعمل الكتاب مثلاً باعتبار أنه إرثه فظهر عدم موته، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا كان عنده وديعة لزيد وأخرى لعمرو فخان في وديعة عمرو زاعماً أنها لزيد، لعداوة بينه وبين زيد فإنه خيانة لتحقق مقومات الخيانة عرفاً وإن كان اشتبه في التطبيق، ومثله في الخيانية ما لو كان له ثوب وثوب آخر عنده وديعة فلبس أحدهما بقصد أنه مهما كان من ماله أو الوديعة غير مهم، فظهر أنه الوديعة فإنه خيانة، وإن كان لو ظهر أنه ثوب نفسه لم تكن خيانة.

ومما تقدم من أن النية وحدها لا تؤثر في تحول الأمانة إلى الخيانة يظهر وجه النظر فيما ذكره في الجواهر حيث قال: (أما لو نوى الغصب في استدامة القبض صار ضامناً وغاصباً، لكونه كما لو قبضها من أول الأمر على وجه الخيانة لا الأمانة على ما اعترف به في المسالك).

حيث إنه لا دليل على أنه لو أخذها من أول الأمر على وجه الخيانة قصداً يكون ضامناً، وكذلك حال الاستدامة.

ومنه يعلم أنه لا وجه للوجهين في المسألة، بل اللازم الجزم بما ذكرناه، فما ذكره المسالك محل تأمل، قال: (وفي تأثير النية في استدامة الأخذكما يؤثر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضعين مقترناً بالنية الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان).

وتردد في التذكرة.

ويتحقق ذلك في صور: منها أن ينوي الأخذ ولم يأخذ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود، وغير ذلك، فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية.

وللتأمل في قول القواعد في كتاب الغصب: (إن المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم غاصب)، ولهذا وقع التدافع بين كلامه هناك وكلامه هنا في الوديعة، حيث قال: (لو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية، لأن سبب أمانته مجرد النية، وكذا ــ أي يضمن ــ لو جدد الإمساك لنفسه أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع).

ثم إن مقتضى تأثير النية في الضمان على ما ذكروا أنه لو كانت عنده وديعتان فنوى أخذ إحداهما كان ضامناً لهما، لأنه خيانة بالنسبة إليهما، سواء أخذ بعد ذلك إحداهما أم لا.

ولو كانت الوديعة بحاجة إلى الاستعمال كلبس الثوب واستعمال السجاد لأجل عدم الفساد ولم يعلم بذلك فلبسه أو استعمله بنية الاغتصاب خيانة، لم يكن خيانة ولم يوجب الضمان، لأن الخيانة أمر واقعي، وهذا ليس منه، لأنه فعله خيالاً لا مطابقاً للواقع.

ثم إن الشرائع قال: (ولو طلبت منه فامتنع من الرد مع القدرة ضمن)، وذلك واضح لانقطاع الإذن بالاستنابة في حفظها، وقد تغيرت يد الائتمان حينئذ إلى يد العدوان، لكن اللازم وجود القدرة العقلية والشرعية والعرفية على ما تقدم تفصيل الكلام في ذلك).

وهذا هو الذي قاله في القواعد، حيث قال: (فإن أخر لغير عذر ضمن ومعه لا ضمان).

وفي مفتاح الكرامة: (صرحت به كلمات أكثرهم).

قال في الشرائع: (وكذا لوجحدها ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها)، وإنما يكون ضامناً في هذه الصورة لانقطاع الإذن فهي حينئذ في يده مضمونة عليه كسائر الغصاب، إذ لا فرق في الغصب بين الابتداء والاستدامة، هذا بالإضافة إلى خيانته بجحوده.

ثم إن المسالك اشترط في الضمان أن يكون الجحود بعد طلب المالك لها منه، قال: (فلو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره لم يضر، لأن الوديعة مبنية على الإخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ).

ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها قال: لي عندك وديعة، فأنكر، ففي الضمان قولان:

أحدهما: العدم، اختاره في التذكرة لأنه لم يمسكها لنفسه و لم يقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها، ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الأمانة بخلاف الطلب.

والثاني: ثبوته لأن جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك، لأن نفي الملزوم يقتضي نفى لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه فيضمن، واختاره المحقق الشيخ علي.

وهو متجه، لكن فرعه الأول محتاج إلى التفصيل بين ما إذا كان الجحود

لأجل الإخفاء لا لأجل إرادته غصبها، إذ لو جحد مريد الغصب فهو خيانة، ودليل اليد يقتضي الضمان بعد انقطاع كونها وديعة حينئذ.

ولو شك في أن الجحود كان لهذا أو لهذا، كان الظاهر أنه جحود خيانة إلاّ أن يثبت خلافه.

وما في الجواهر من (أن أصالة البراءة واستصحاب الأمانة وغيرهما يقتضي العدم، ولعله الأقوى)، غير ظاهر بعد ظهور الجحود في الخيانة عرفاً، نعم مقتضي القاعدة قبول قوله إذا قال: أردت بذلك الإخفاء لا الجحود، لأنه أعلم بنيته، والأمين مؤتمن.

ثم إن ما وجهه المسالك تبعاً للشيخ علي هو الوجه في فرعه الثاني لما ذكره، وقد سبقهما فيه الفخر، ولحقهما صاحب الجواهر.

ثم لو أظهر لجحوده عذراً بنسيان أو سهو أو غفلة أو ما أشبه ذلك، لم يكن ضمان إن صدقه المالك، وإن لم يصدقه فالظاهر عدم الضمان أيضاً، لأن الإنسان أخبر بنفسه من غيره، ودليل الأمين مؤتمن آت هنا.

فقول الجواهر: (وإلا ضمن عملاً بظاهر الحال وأصالة عدم النسيان)، غير ظاهر الوجه، كما أنه لو كان الجحود لمصلحة الوديعة بأن قصد به دفع ظالم أو متغلب أو نحو ذلك لم يضمن لوضوح بقاء يده على الأمانة وإنكاره إحسان محض ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[1] .

ومما تقدم يظهر حال ما إذا أقر بالبعض وجحد البعض فلكل حكمه، ولو كان اللازم الجحود لدفع يد الظالم فأقر عالماً عامداً لم يستبعد الضمان، لأن إقراره في مثل المقام خيانة، ولو جحد قائلاً لم أعلم أن الطالب هو صاحبها بل زعمت أنه إنسان آخر، قبل قوله لما تقدم من أنه أخبر بنيته.

ولو جحد وأبدى العذر بأن

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

المالك كان له قصد الحرام بنفسه كمجامعته معه إذا كان حيواناً، أو بجعله ثمناً للحرام كاشتراء الخمر والخنزير به، احتاج إلى الإثبات لأنه ادعاء على الغير.

ولو ادعى المالك عليه الجحود فهو ضامن وأنكر، فالمالك محتاج إلى الإثبات وإلا فعليه اليمين.

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق في الجحود العذري بين أن يكون لأجل نفسه أو لأجل الوديعة حيث يغصبها الغاصب إن علم أنها وديعة زيد، أو لأجل المالك حيث إذا أقر وعلم الظالم أنها للمالك عاقب المالك، بل وكذلك إذا كان لأجل الغير كما إذا سأل الظالم ولد المالك أو أخاه أو جاره أنه هل للمالك ملك فقالوا لا، فإذا أقر المستودع عاقب الظالم المنكر.

ثم قال الشرائع: (ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز)، وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده).

أقول: كل تصرف لم يكن بإذن أو ضرورة أو ارتكاز يكون من الخيانة عرفاً، سواء كان بالمزج أو الخلط أو الصهر، مثل الذهب والفضة يذابان أو الشمش منه يصنع الحلي، أو البناء في مثل الحديد والآجر، أو الخياطة في القماش، أو القص في مثل الجلد، أو الإحبال في مثل الحيوان، أو الطحن والعجن والخبز في مثل الحنطة والشعير، أو إجراء العملية الجراحية عليه في مثل الحيوان، حيث يُنقصه عضواً أو قوةً، أو يزيده عضواً، أو النشر في مثل الخشب، أو الصبغ في مثل الثوب ونحوه، أو التفريق في مثل الكتاب، أو جمع الأوراق في كتاب مجلد، أو الصنع في مثل الخشب يجعله باباً، أو إسقاط حمل الحيوان، أو الإجهال في مثل الحيوان المعلم يزرقه إبرة يسبب له جهلاً أو خبلاً أو ما أشبه ذلك، أو الوطي في مثل الحيوان المحلل فيحرم، أو في مثل الدابة فيجب الإذهاب

به إلى بلد آخر، إلى آخر ما ذكروه في كتاب الحدود.

ولو لم يوجب تحريماً فهل يعد كذلك من الخيانة، كما إذا جامعت المرأة المستودعة بقرد المودع أو كلبه أو حيوانه المحلل حيث لا يوجب ذلك تحريماً له، احتمالان، وكذلك بالنسبة إلى وطى المستودع قرده وكلبه وما أشبه.

ومن الخيانة أيضاً لو فك السيارة أو الغسالة أو البرادة أو المبردة أو المروحة أو ما أشبه ثم جمعها مرة ثانية.

قال في المسالك: (ويفهم من قوله خلطها بماله أنه لو خلطها بمال المالك لم يضمن، وليس كذلك بل يضمن على التقديرين).

أقول: وهو كما ذكره.

ثم قال: (ولا فرق هنا بين أن يكون المالان عنده وديعة فيمزج أحدهما بالآخر، وكون الآخر أمانة بغير الوديعة أو غصباً، لصدق التصرف المنهي عنه في ذلك كله، وربما كان للمالك غرض في الامتياز).

أقول: ولا حاجة في أن يكون للمالك غرض، إذ التصرف غير المأذون فيه شرعاً أو مالكاً أو عقلاً ممنوع عنه ويعد خيانة.

ثم قال: (ويفهم من قيد الحيثية بعدم التمييز أنه لو تميز المالان لا يضمن، والحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان أوجب الضمان من حيثية أخرى)، وهو كما ذكره.

وعلق عليه الجواهر بقوله: (ولعله كذلك للأصل إن لم نقل بتحقيق العدوان في نفس الخلط والمزج باعتبار كونه تصرفاً في الوديعة غير ما هو نائب فيه ولا من مقدماته، وإلاّ ففيه إشكال).

وعلى هذا فمقتضى القاعدة التفصيل لا الإطلاق من هذا الجانب أو ذاك الجانب.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا يضمن لو أودعه مالاً في كيس مختوم أو في صندوق مقفل أو مدفوناً ففتح ختمه وقفله ونبشه إن لم يكن بقصد أخذ شيء منه، وكذا ما أشبه الختم في الدلالة على قصد المالك الإخفاء كالخياطة ونحوها).

أقول: لا حاجة إلى الدلالة على قصد المالك في الإخفاء، بل كل تصرف لم يأذن به الشارع والمالك يكون من التعدي والخيانة عرفاً.

قال في المسالك: (ونبه بقوله في كيس مختوم على أن الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن، لأنه لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك، هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك وإلا كان كختم المالك)[1].

لكنك قد عرفت أنه لا يمكن إطلاق القول في هذا الطرف أو في هذا الطرف، سواء كان الختم من المالك أو بأمره أو من المستودع، إذ ربما يختم المستودع لكن فتحه يكون خيانة وتصرفاً زائداً.

ثم قال: (وحيث يضمن بالفتح يصير ضامناً للمظروف، وفي ضمانه للظرف وجهان: أجودهما ذلك للتصرف فيه المنهي عنه، واستقرب في التذكرة[2] العدم لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف، ويضعف بأن قصد الخيانة لا دخل له في الضمان بل التصرف)[3].

أقول: مما تقدم تعرف الكلام في كلا الإطلاقين.

كما منه يعلم وجه النظر في إطلاق ما ذكره الجواهر مناقشاً عليه حيث قال: (يمكن المناقشة فيه بأنهما معاً تصرف غير مأذون فيه، فهو تعد عما هو نائب فيه

---

(١) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٠٨.

(٢) التذكرة: ج٢ ص١٩٨.

(٣) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٠٨.

فيضمن أيضاً كما اعترف به جامع المقاصد، اللهم إلاّ أن يقال بكون العدوان الذي يتبعه الضمان خصوص ما يصدق عليه الخيانة عرفاً من التصرف لا مطلقاً وإن أثم به باعتبارعدم الإذن فيه).

أقول: الإثم أيضاً ليس مطلقاً.

وقد ظهر مما تقدم وجه النظر في إطلاق الأردبيلي عدم الضمان في شيء من ذلك حتى في فتح الختم للأصل وعدم التصرف والتقصير في الحفظ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولابد له من دليل.

كما أن من ذلك يظهر وجه النظر في إطلاق ما في المسالك من أنه لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم، وإن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق، وقد حكى ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير أيضاً.

وقد أجاد مناهج المتقين حيث قال: (من التعدي أيضاً فتح ختم الكيس المودع عنده مختوماً، سواء أخذ منه شيئاً بعد فتحه أم لا).

ولا بين كونه مشتملاً على علامة المالك أم لا، إلاّ إذا علم عادة بعدم المنع من فك ما لا علامة عليه ورضاه بذلك، ومثل ختم الكيس قفل الصندوق ونحوه، كما أن مثل فتح الختم بفك القفل خرق الكيس تحت الختم وكسر الصندوق ونبش المدفون.

أما قوله بعد ذلك: (ولو كان الختم من المستودع لم يكن فتحه تعدياً إلاّ إذا كان ختمه بأمر المالك، ولا يضمن الكيس والصندوق ونحوهما بفتح الختم وفك القفل بل ما فيها خاصة على الأظهر)، فإطلاقه غير ظاهر.

ولو بخّر المودع أو فتح رأس قنينة العطر ونحوه أو أشعل المصباح أو أطفأه، ففي الأول يكون خيانة إلاّ إذا تمكن من إرجاعه بأن كان التبخير في فضاء

مغلق، اللهم إلاّ إذا كان بدون رضا المالك وإذنه، وفي فتح رأس القنينة التفصيل السابق، كما أن في المصباح التفصيل المذكور، ومثله ما لو ملأ المصباح أو نحوه بالنفط أو أفرغه منه، أو ملأ الثلاجة ونحوها بالغاز أو أفرغها منه، لوحدة الملاك في الجميع.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما)، وحيث قد عرفت تفصيل الكلام في ذلك بين كونهما لمالكين أو لمالك واحد إلى غير ذلك من الخصوصيات فلا حاجة إلى إعادة الكلام.

ولو أودعوه الدواب والبهائم ونحوها فجعل جميعها في الاصطبل أو المراح، أو جعل الأسماك في الحوض، أو الطيور في القفص، فإن كان مال المودع وحده أو كان ماله عن مال غيره مميزاً لم يكن من الخيانة ونحوها، وإلا أمكن كونه من الخيانة، فيقول له العرف لما ذا خلطت هذا الخلط الموجب للاشتراك أو القرعة، إلاّ إذا كان ضرورة أو نحوها كما عرفت.

ومما ذكرناه فيما سبق من نقص قوة أو عضو أو زيادة أي منهما يعرف وجه الكلام في قول الجواهر: (ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب، ولو كان منفصلاً أو الإتلاف خطأً، ففي القواعد: ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم، وقد يشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقق الخيانة، بل قد يدعى أن المدار في الاتحاد إيداع الجميع بعقد واحد، إلاّ أنه لا يخلو من بحث)[1].

نعم الظاهر أنه ليس من الخيانة إذا قطع السلعة أو الإصبع الزائدة في الحيوان أو العبد، أو أجرى عملية جراحية لبتر سائر الأعضاء الزائدة، أو فعل العملية للتجميل لاستقامة الأنف، أو رفع الشعر الزائد الذي أخذ مساحة من

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٤٠.

الجبهة، أو تبديل الصلع إلى مشعر، أو جعل بيضة لمن له بيضة واحدة، أو غير ذلك من الأمثلة، لوجود الارتكاز في الرضا والإجازة من المالك.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف فآجرها لأثقل، أو لأسهل فآجرها لأشق كالقطن والحديد)، وفي الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف لصدق التعدي والخيانة).

ومنه يعلم حال ما لو أمره بإيجارها لطريق خاص، فآجرها لطريق آخر، أو لراكب خاص شخصاً أو صنفاً كالرجل مثلاً فآجرها لغيره، أو في زمان خاص أو مكان خاص أو بشرط خاص، أو أن يعلف الدابة في السير علفاً خاصاً، أو يسكب في القطار أو الطائرة أو الباخرة أو السيارة أو الدارجة أو ما أشبه بتريناً خاصاً ففعل خلاف ذلك، سواء بالأجود أو المساوي أو الأردأ، أو الأرخص أو الأغلى، لأن كل ذلك خلاف إذن المالك فيضمن.

وكذلك الحال فيما إذا كان ارتكاز بأحد الأقسام المذكورة فخالف الارتكاز إلى شيء آخر، لما عرفت مكرراً من أن الارتكاز قائم مقام اللفظ ونحوه.

ومما ذكر يعلم حال ما إذا أمره بحمل أثقل أو أصعب فخالف، أو أمره باستصحابها في السفر بنفسه أو بابنه أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المسالك قال: (وهل يتحقق بمجرد العقد، يحتمل ذلك لتسليطه على الانتفاع والعدوان فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه، كما لو نوى الخيانة أو التفريط، أو قال إنه يفعل ذلك ولم يفعل، ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به).

وفيه موضعا نظر:

الأول: ما تقدم من أن النية بمجردها لا توجب الخيانة.

والثاني: إن مجرد العقد لما كان فاسداً لا يكون خيانة، لأنه لم يكن تصرف في العين، وإنما كلام خارجي لا يرتبط بالعين لا شرعاً ولا عرفاً.

نعم ربما يقال بأن مثله خيانة عرفية وإن كان باطلاً شرعاً، بل وعرفاً أيضاً، فهو مثل ما إذا أجرى العقد على ذات محرم حيث إن العقد بمجرده وإن لم يرتب أثراً عليه حرام، مع أنه لا يؤثر شرعاً ولا عرفاً، على ما فصلناه في كتاب النكاح.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في ما في مناهج المتقين حيث قال: (ولو نوى عند أخذ الوديعة من المودع التصرف كانت يده عادية وضمنها بذلك، بخلاف ما لو نوى عند الأخذ الحفظ ثم نوى بعد ذلك الخيانة، فإنه حينئذ مجردة لا توجب الضمان، وإنما يضمن بلحوق التعدي)، إذ قد عرفت أنه لا تأثير للنية وعليه بيان الفارق بين الفرعين.

ومما تقدم يعلم وجه الضمان فيما إذا أودعه شيئاً وأمره بتحميله على دابتين أو دابة واحدة أو دابة خاصة أو ما أشبه ذلك فخالف، أو أودعه السيارة وأمره بحمل خمسة أشخاص فيها فحمل فيها أقل أو أكثر، إلاّ في المستثنيات الثلاثة التي ذكرناها سابقاً.

ثم قال في المسالك: (المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصاً في حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون وإنما تعدى في الزائد فيقسط التالف عليهما، وعلى هذا فيعتبر في الأضر ما ساوى المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثم، لأن مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الأثقل، إذا كان الثقل مستنداً إلى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس، كما إذا أذن له في حمل قفيز فآجرها بقفيزين).

وفيه: إنه لا وجه لاحتمال التقسيط بعد رؤية العرف الخيانة، بل قد عرفت أنه لو أمره بحمل الأثقل فحمل الأخف كان من الخيانة إذا لم يكن أحد المستثنيات الثلاثة، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه (لا يخفى ما فيه لضرورة كون مراد المصنف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها أجمع للتعدي المزبور).

أقول: نعم إذا كانا منفصلين كان من التعدي في الجملة، كما إذا أودعه دابتين وأمره بأن يحمل على كل واحدة قفيزاً، فحمل على إحداهما قفيزاً وعلى الأخرى قفيزين، فإنه لا يضمن إلاّ الدابة المخالف فيها.

ولو أمره بحمل قفيز عليها فجاء ظالم وحملها قفيزاً له، لم يجز له حمل القفيز الآخر لأنه خلاف إذن المالك الذي أراد به حمل قفيز واحد، وإذا كان قفيزه محملاً قبل ذلك عليها ثم حملها الظالم قفيزه وجب إنزال قفيزه فوراً، فلو تماهل كان خيانة حسب الموازين العرفية.

ولا فرق بين أمره بالتجارة أو الرهن أو الصلح أو البيع أو المضاربة أو المزارعة أو المساقاة أو غير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع، وعلى هذا فكل مخالفة في سائر الخصوصيات توجب الخيانة، سواء كانت خصوصية زمانية أو مكانية أو غيرهما.

وكذلك الحال في الانتفاع، كما إذا قال له لا تنتفع بالدابة إلاّ في الركوب، فأركب عليها حملا، أو قال لا تنتفع من الارض إلاّ بالسكنى، فزرع فيها، إلى غير ذلك.

ومما تقدم يعلم حال ما ذكره الشرائع حيث قال: (ولو جعلها المالك في حرز مقفل ثم أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع، ولو لم تكن مودعة في حرز أو كانت مودعة في حرز للمودع فأخذ بعضها ضمن ما أخذ).

أقول: وذلك لأنه من الخيانة والتعدي، وكذلك إذا ترك الصندوق يفتحه ولده أو إنسان آخر فإنه من التفريط والخيانة، سواء أخذ منها أو لم يأخذ،

والحرز للمودَع بالفتح حاله حال الحرز للمودِع بالكسر أو لثالث، فإنه إذا أودعه في الحرز بنظر المالك وقفله لا حق له في الفتح إذا عد ذلك خيانة، والمحور هي الخيانة عرفاً، فقد لا يكون الفتح لحرز المودِع بالكسر خيانة، وقد يكون الفتح لحرز المودَع بالفتح خيانة.

وحيث قد عرفت الملاك في الضمان وعدمه لا يمكن القول بالإطلاق في أحد الجانبين فيما ذكره المسالك بقوله: (لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانة، بل على سبيل الخيانة، وفي تأثير النية في استدامة الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضعين مقترناً بالنية الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان، وتردد في التذكرة[1]، ويتحقق ذلك في صور منها: أن ينوي الأخذ و لم يأخذ، أو الاستعمال و لم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك، و لم يتلفظ بالجحود وغير ذلك، وقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية) [2].

ولو علم المستودع بتصرف الغير في الوديعة قهراً لم يكن عليه شيء، وإن كان باختياره بأن أمكن الحيلولة بينه وبينها بدون عسر أو حرج، أو ضرر أو ضرورة، سواء كان الاختيار ابتداءً أو استدامة بأن تمكن بعد زمان من الإنقاذ و لم ينقذ، كان ضامناً في الأول مطلقاً، وفي الثاني من حيث تمكن، أما إذا انعكس بأن تمكن من الحيلولة أولاً دون الثاني فالظاهر كونه خيانة مطلقاً حتى بالنسبة إلى الوقت الثاني، فالخيانة توجب الضمان مطلقاً وإن خرج عن يده في الوقت الثاني، كما إذا جاء السيل وذهب بالوديعة بما لو لم يخن لم يذهب بها السيل،

---

(١) التذكرة: ج٢ ص١٩٨.

(٢) مسالك الأفهام: ج٥ ص١١٠ ــ ١١١.

ولو قلنا إن النية توجب الخيانة فالظاهر أنه نيته بنفسه لا نية وكيله أو ولده أو سائر متعلقاته.

ولو أودع المستودع الوديعة الحرز أمام الظالم ونحوه مما عد تفريطاً فيها، حيث إنه يعلم بوضعها في الموضع الفلاني فيأخذها منه، كان فيه الضمان، لأنه من التفريط والخيانة، وحيث قد عرفت أن الميزان هو التفريط عرفاً يكون الإطلاق فيما ذكروه مقيداً.

قال في المناهل: (ألحق أيضاً في القواعد والتحرير والروضة والرياض بما ذكر ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها)، وزاد في القواعد: ما دل سارقاً عليها وما لو أقر بها لظالم.

ولو أخبره بها في الجملة ولم يعين له مكانها فحكي في المسالك عن التذكرة أنه لا يضمن، واستشكله قائلا: ويشكل إن كان مع كونه سبباً في السرقة لأنه تفريط.

نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك، وهذا بخلاف الظالم فإن معلمه يضمن مطلقاً، والفرق أن الظالم إذا علم بها أخذها قهراً، والسارق لا يمكنها أخذه إلاّ إذا علم موضعها.

وصرح في الروضة والمسالك ومجمع الفائدة والرياض بأن المستودع يضمن لو كان سبباً في الأخذ القهري ولا يمكنه الدفع، وأما مع عدمه كما لو علم أو ظن أن فعله ذلك لا يوجب الأخذ القهري ولا يصير سبباً ثم تبين خطأ اعتقاده ففي ضمانه حينئذ إشكال، والأقرب عدمه.

أما إذا لم يعلم أنه يضعه في الحرز بمرئى ومسمع من الظالم أو من يخبره لم يضمن، لعدم التفريط والخيانة عرفاً، ومثل كونه بمرئى الظالم ما كان بمرئى الفضول الذي يتكلم اعتباطاً في كل مكان حتى يصل كلامه إلى الظالم ولو احتمالا

عقلائياً، وهكذا إذا كان هناك حيوان يدل الظالم عليه كالكلب والقرد المعلَّمين.

ومثله في التفريط ما إذا وضعها بمتناول حيوان يأكله أو يسرقه كالغراب يسرق الحلي، والفار يسرق الليرات الذهبية، والطير يأكل الحب.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو أعاد بدله لم يبرأ إلا مع إجازة المالك لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك، وحينئذ فلو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه خاصة مع التمييز، بل الجميع في وجه تقدم سابقاً، وأما لو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يتميز ضمن الجميع قطعاً، لما سمعته من تحقق التعدي بذلك). وهو كما ذكراه.

وهذا في غير ما إذا كان ولياً في تشخيص الكلي في الفرد كالأب والجد بالنسبة إلى الصغير، والحاكم ووكيله بالنسبة إلى الصغير وغيره، وإلا تشخص الكلي في ذلك الفرد الذي جعله بدلاً عن المتلف، هذا فيما إذا كان الأخذ عدواناً، وإلا كما إذا كان نسياناً أو نحوه أو للقرض حيث يجوز القرض للارتكاز فلا ضمان إذا أعاده.

والظاهر أن الرواية الواردة في القرض ناظرة إلى الارتكاز، ففي خبر الخثعمي، عن الصادق (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه، فقال: «لا يأخذ إلاّ أن يكون له إذن»، قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه، قال: «نعم»[1].

وفي خبر علي بن جعفر، عن أخيه موسى (عليه السلام) المروي عن قرب الإسناد

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح١.

ومستطرفات السرائر، سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها، قال: «إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه ويرده»[1].

وإذا أخذ من المعدود بعضه كالشياة والدراهم والكتب والأثواب ونحوها ثم رده فتلف ذلك المأخوذ بنفسه ضمنه دون غيره، أما إذا تلف المجهول من المأخوذ وغير المأخوذ فهل يضمن الكامل أو بالنسبة، احتمالان، من أصالة عدم رد الوديعة لاحتمال أن يكون التالف ما ضمنه فاللازم رده كله، ومن أنه يأتي فيه قاعدة الاشتراك فاللازم الرد بالنسبة.

قال في الجواهر: (لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثم رده إليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه إلاّ درهم، ولو تلف منها خمسه لزمه نصف درهم وهكذا).

ثم أشكل عليه بقوله: (قلت: قد يتوقف في تنقيح قاعدة تقتضي ذلك، اللهم إلاّ أن تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزج القهري، وفي العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح، وإلا فقاعدة «على اليد» تقتضي ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسة أيضاً لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك).

ومنه يعلم حال ما إذا كان غير متعدد كالسمن والماء والزيت والدبس ونحوها، لكن ظالماً أفرز بعضه حيث لم يكن الضمان على المستودع فأخذ ذلك البعض المستودع تعدياً وظلماً ثم صبه على الباقي فتلف مقدار ذلك البعض، كأوقية في

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٣ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٢.

المجموع فهل يضمنها أو يضمن بالنسبة على ما تقدم، لكن مقتضى القاعدة ضمان الكل لما ذكر من الأصل بعد عدم دليل على تمشي قاعدة الاشتراك في المقام.

ثم مثل مزجه بنفسه ما إذا تركه في مكان يمزجه ولده ونحوه، لأن السبب أقوى من المباشر، وإن كان المازج أيضاً ضامناً.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة ثم لا يضمن، ولا يجوز السفر مع ظهور أمارة الخوف، ولو سافر والحال هذه ضمن.

أقول: المعيار هو التعدي والتفريط والخيانة على ما قد عرفت، والمستثنى الموجب لعدم الضمان الإذن والضرورة ونحوهما على ما تقدم، فإذا خاف من تلف الوديعة مع إبقائها وحدها وتعذر الرد إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلى أمين أو ما أشبه مما سبق جاز السفر بل قد يجب، وإنما يكون الجواز بالمعنى الأخص فيما إذا كان كل من السفر والبقاء على حد سواء في الخطر والخوف.

وعلى هذا فإذا كان أحد من السفر والحضر أحرز قدم على الآخر، وإن تساويا تخير، وإذا كان في أحدهما الحرز دون الآخر تعين أيضاً، وإن ظهر الخلاف بعد ذلك وقد عمل بالموازين العقلائية لم يكن ضامناً، لأن الإنسان لا يكلف بأكثر من الموازين العقلائية، بل المودع لا يريد منه إلا مثل ذلك في غير ما أمر بالاحتياط حتى يكون خارجاً عن الإذن.

وليس الأمر خاصاً بالسفر والحضر، بل بالنقل من دار إلى دار، ومن مكان إلى مكان، ومن علو إلى سفل ومن سفل إلى علو، إلى غير ذلك من أقسام التنقلات.

ولو أمره بالوضع في بيت أو صندوق أو ما أشبه فخاف انهدام السقف وتلفه، أو أمره بالإبقاء في البلد فخاف اللصوص مما خرج المكان المحدود عن الحرزية، أو أمره بالسفر بها حيث كان السفر أمناً فصار غير آمن إلى غير ذلك، عمل بالعقلائي، ولو كان فيه مخالفة للمودع، وإلا كان ضامناً لأنه ارتكازي المودع حسب العرف.

ولو خالف بالنقل حيث قالوا بالضمان، فظهر التلف في البقاء، فهل يضمن نظراً إلى زعم المستودع، أو لا نظراً إلى الواقع، احتمالان لكن الارتكاز على إرادة المودع الواقع إذا لم يكن تقييد بالخلاف.

ومنه يعلم حال ما إذا خالف وكان كل من المكان الأول المأمور به والثاني المنهي عنه سفراً أو حضراً محل التلف، بسبب السيل أو باللص أو بنحوهما، قال في القواعد في أسباب الضمان: (المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل، إلاّ إلى ما هو أحرز أو مساو على رأي، فإن تلفت بالنقل إليه لانهدامه ضمن).

وظاهره أنه لو تلف بغير الانهدام بموت طبيعي أو تلف طبيعي لم يضمن، كما فسره بذلك مفتاح الكرامة، لكنه محل إشكال، لأن اليد لما صارت خيانية كان الضمان، سواء كان التلف بسبب النقل أو بسبب طبيعي.

قال في مفتاح الكرامة: (إن المصنف أراد أن ينبه على أنها لو تلفت لا بسبب النقل كالموت فإنه لا يضمن، لأنه فعل سائغ لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه، بخلاف التلف بالانهدام، فإنه بانهدامه ظهر أنه ليس مساوياً ولا أحرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا إذن من المودع في الواقع، ومثله مكتري الدابة للركوب لو ربطها في بيت أو اصطبل فماتت لم يضمن، وإن انهدم ضمن لأنه تبين أنه فرط في ربطها فيه حيث لم يراعه، ويبقى الكلام فيما إذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقولة إليه ففيه وجهان).

وقد عرفت أن الملاك هو صدق الخيانة والتعدي والتفريط ما أشبه.

(**مسألة ٦**): قال في الشرائع: (لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله، فإن فقدهما فإلى الحاكم مع العذر، ومع عدم العذر يضمن، ولو فقد الحاكم وخشي تلفها جاز إيداعها من ثقة، ولو تلفت لم يضمن).

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل في المسالك لا نعلم فيه خلافاً بينهم، ووافقهم جماعة من العامة، فإن الوديعة لما كانت عقداً جائزاً جاز للمستودع ردها في كل وقت، فإذا كان المالك أو وكيله أو وليه موجوداً أعطاها له، ولا يبرأ حينئذ بردها إلى الحاكم لأنه لا ولاية له على الحاضر الرشيد.

أما إذا لم يكن المالك ووكيله ووليه وأراد المستودع ردها وجب أن يردها على الحاكم، سواء كان له حاجة إلى الرد من ضرورة أو خوف حرق أو سرقة أو نهب أو ما أشبه ذلك، أو لم تكن له ضرورة، خلافاً للمشهور الذين حصروا الأمر في الضرورة، ووجهوا ذلك بأنه قد التزم الحفظ فلا يبرأ إلاّ بدفعه إلى المالك أو وكيله، لأن المالك لم يرض بيد غيره إذ لا ضرورة له إلى إخراجها من يده، فاللازم عليه أن يحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له العذر.

لكن مقتضى القاعدة ما ذكرناه وفاقاً لبعض الأصحاب حيث قال في المسالك: (أجاز بعضهم دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً لأنه بمنزلة وكيله، وليس بذلك البعيد).

وهو كما ذكراه، إذ لايلزم على الإنسان أن يحفظ مال غيره وليس معنى قبوله الوديعة وهي عقد جائز أن يبقى على الحفظ وإن فسخ، فإنه خلاف دليل سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم.

وقد اختار هذا الجواهر قائلاً بعد نقله كلام الأصحاب: (قد يقال إن لم يكن إجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له في كل وقت وحينئذ تكون أمانة شرعية في يده يجب ردها على المالك أو وكيله أو وليه وهو الحاكم وإن لم يكن ضرورة).

نعم إذا شرط المالك أنه إذا فسخها لم يكن له إعطاؤها إلاّ بيده أو يد وكيله، لم يصح له إعطاؤها للحاكم حسب الشرط.

لا يقال: لا مجال للشرط بعد بطلان العقد، بل الشرط في العقد الجائز غير واجب النفوذ لأن الفرع لا يزيد على الأصل.

لأنه يقال: بعد الغض عن قول جماعة بأن الشرط في العقد الجائز أيضاً واجب الوفاء على ما حققناه في بعض مباحث الفقه، تسليمها إلى غير المشروط خيانة.

وعلى كل حال، بعد وضوح وجوب القبول على الحاكم في صورة عذر المستودع، الظاهر وجوب القبول عليه في صورة عدم عذره أيضاً، لأنه منصوب للمصالح وهذه منها، ولذا علله غير واحد بأنه لو لم يجب القبض عليه فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه، فلا مجال لأصالة البراءة وإن احتملها بعضهم، ولذا قوى الوجوب في المسالك والجواهر، وشبّها حمل المديون الدين مع غيبة المدين، والمغصوب ما غصبه إلى الحاكم بالمقام.

ثم الظاهر أن للحاكم أن يقبضها بنفسه أو يوكل من يقبضها، لأن وكيل الحاكم بمنزلة الحاكم، ولا دليل على خصوصية الحاكم، فقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن قوله (عليه الصلاة والسلام): «قد جعلته عليكم حاكماً» يؤخذ الموضوع في شؤون الحاكم من العرف، ولا شك أن العرف يرون أن مثل ذلك من شؤون الحاكم.

ولذا قال في مناهج المتقين: (وهل للحاكم عند اقتضاء تكليف المستودع الرد إليه أن يمتنع من كل من القبول وتوكيل من يقبضها عنه أم لا، وجهان أقربهما العدم).

ثم الظاهر أنه إن فقد الحاكم أو وكيله تخير بين حفظها بنفسه غير ضامن

لها وبين إعطائها للثقة، كما أشرنا إلى مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة، فإن قوله (عليه السلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»[1] يعطي ذلك، فلا خصوصية للثقة، وعدول المؤمنين في المقام بمعنى لزوم مغايرها لنفس المستودع.

ثم لو عين الحاكم ثقة ليدفعها إليه وكان المستودع يرى عدم وثاقة ذلك وأن الحاكم لا يعلم بما يعلم هو به، لم يجز له دفعها إليه.

وهل له دفعها إلى الحاكم مع علمه بأنه يدفعها إلى من ليس بثقة عند المستودع، لا يبعد ذلك بعد جعل الشارع له قائماً مقام المالك، أما ما ذا يفعل الحاكم فليس من تكليف المستودع، اللهم إلاّ أن يقال إن أدلة الحاكم منصرفة عن مثل ذلك، فهو مثل أن يوكل الحاكم في طلاق زوجته وهو يعلم أن الحاكم يشتبه فيطلقها بدون الشهود أو بدون عدالتهم أو في حال الحيض أو ما أشبه ذلك.

والحاصل أن الحاكم طريق، وهو لا يقف أمام العلم، وهذا إلى الصناعة أقرب.

ثم لو لم يكن الحاكم مبسوط اليد هل يجوز إيداعها للجائر، الظاهر جوازه إذا اضطر وكان الجائر يحفظها كما في حكومات بلاد الإسلام اليوم، بشرط عدم وجود الثقة الحافظ لها، وقد ذكرنا في كتابي التقليد والقضاء جواز مراجعة الجائرين مع الاضطرار، ولو كان الاضطرار بمعنى أنه يريد تحصيل ماله أو ما أشبه مما ليس من مثل الاضطرار إلى شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

وعلى أي حال، فقد تبين مما تقدم وجه ما ذكره الشرائع بقوله: (لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن)، لما عرفت من الترتيب بين الحاكم وبين

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٢.

الثقة، فلا يجوز تقديم الثقة على الحاكم، نعم إذا لم يقبل الحاكم الوديعة إما لعدم بسط يده أو لعدم رؤية وجوب ذلك عليه اجتهاداً مثلاً، جاز إعطاؤها للثقة، وكذلك في سائر الموارد الشبيهة بهذه المسألة.

أما قول الشرائع بعد ذلك: (إذا أراد السفر فدفنها ضمن إلاّ أن يخشى المعاجلة) ففي إطلاقه نظر وإن تبعه القواعد والإرشاد وغيرهما، إذ الدفن قد يكون أولى من التسليم إلى الحاكم أو في عرضه، فلا وجه لإطلاق الضمان.

ولذا أشكل عليه الجواهر بأن في ما ذكره نظر، لضرورة ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور، والدفن مناف له والإعلام ليس رداً ولا إيداعاً، إذ فيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ، كما أنه لو خشي عليها من معاجلة السارق والظالم لم يضمن حينئذ بالدفن المراعى مقدار ما يتمكن منه من الحرزية والإعلام ونحوهما، لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك.

ثم إنه لا يلزم أن يكون الخوف من الظالم والسارق ونحوهما، بل إذا خاف من نفسه حيث يجد نفسه شبقاً بحيث يمكن أن يجامع الحيوان المودع عنده، أو خاف من ولده أو نحوه بمثل هذا الخوف، وجب عليه التخلص منها بالرد إلى المالك أو وكيله أو وليه أو وصيه، ومع عدم الإمكان بإعطائها إلى الحاكم، ومثله حال سائر المخاوف كاستعماله وأكله وقتله وما أشبه ذلك لوحدة الملاك في الجميع.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال: (إذا أراد المستودع المسافرة وترك ردها إلى المالك أو من يقوم مقامه ولا إلى الحاكم ولا الثقة بل دفنها مع إمكان شيء من أفراد الرد المذكورة ضمنها، سواء تعذر عليه بعض

أفراد الرد مع إمكان الباقي أو لم يتعذر شيء منها، وسواء دفنها في حرز أم غيره، أعلم الثقة أو الفاسق بذلك أو لم يعلم أحداً، وسواء كان الثقة الذي أخبره في مترل الدفن أو خارجاً عنه، وسواء كان مضطراً إلى السفر أم لا، وسواء كان الدفن مغيراً لها أم لا).

كما أنه إذا أراد الدفن في موضع لزم أن يكون حرزاً عرفياً، ولا يلزم الأحفظ فالأحفظ، لأنه لا دليل عليه بعد العرفية في أنه ليس من الخيانة ومن حفظ الأمانة، فقول مناهج المتقين: (نعم لو تعذر إيصالها إلى من ذكر إما خوفاً من التلف أو لمعالجة رفقة على وجه لا يمكنه التأخير إلى الإيصال جاز له الدفن في حرز مراعياً الأحفظ من الأمكنة) غير ظاهر الوجه.

ولا يخفى أنه لا خصوصية للدفن، بل الجعل في مكان أمين ولو بالإلقاء في بالوعة أو نهر أو بئر أو حوض أو نحوها، وفي مثل الطير والسباع والأسماك ونحوها بإطلاقها في الغابة والهواء والماء فيما إذا تيقن بإمكان إرجاعها لانسهابه، كما في الدلفين بالنسبة إلى الحيوانات البحرية، والطيور والسباع المألوفة بالنسبة إلى معلّمها، إلى غير ذلك.

(مسألة ٧): قال في الشرائع: لو أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ، ولو جدد المالك له الاستئمان برئ، وفي القواعد: ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة، وفي مفتاح الكرامة: كما صرح به جماعة، وهو قضية كلام الآخرين، وقد يقال إن إجماع التذكرة يتناوله.

ثم قال العلامة: فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان.

وفي مفتاح الكرامة في عدم عود الأمانة لم يحك الخلاف إلا عن أبي حنيفة، قال: لأنه مأمور بالحفظ في جميع الأوقات، فإذا خالف في جهة منها ثم رجع وعاد إلى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به، أي كان ماسكاً بأمر صاحبها، وينقض عليه بما إذا جحدها ثم أقر بها، وبما إذا رد السارق السرقة إلى موضعها، وبالحكم المذكور هنا صرح في المبسوط والخلاف وغيرهما.

أقول: حاصل دليل المشهور الحل بأنه خرج عن الأمانة فعودها بحاجة إلى الدليل، والنقض بالسارق ونحوه، وفي كلا الدليلين نظر:

أما الأول فلأن الحكم تابع لموضوعه، فإن التفريط والتعدي يوجب الخيانة ما داما باقيين، أما مع فقدهما فيقال إنه قد خان سابقاً لا إنه الآن خائن، إلاّ إذا قيل بأن المشتق حقيقة فيما انقضى عنه المبدأ، وهو خلاف رأي المحققين.

وأما الثاني ففيه:

أولاً: إن كل مقام دل الدليل على بقاء الحكم السابق نقول به، وإلا فمقتضى القاعدة ما عرفت.

وثانياً: من أين يقال بضمان السارق والجاحد إذا رد وأقر، وإن قيل للاستصحاب يقال بعد تبدل الموضوع لا استصحاب.

ومنه ظهر وجه النظر في دليل الجواهر الذي استدل له بأنه للأصل وغيره.

وقد صرح في المسالك بأن الحكم للاستصحاب إلى أن يحصل من المالك

ما يقتضي زواله، ثم قال: (ويتحقق الزوال بأمور، منها: أن يرده عليه ثم يجدد له الوديعة، وهذا لا شبهة فيه لأنه وديعة مستأنفه رتب عليها حكمها الذي من جملته كون الودعي أميناً، ومنها: أن يجدده له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول: أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو استئمنتك عليها، ونحو ذلك، ومنها: أن يبرأه من الضمان، وقد جزم ببراءته المصنف، والوجه فيه أن الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه بالبراءة).

وما ذكره تام، وإن أشكل عليه الجواهر حيث قال: (أما لو قال أذنت لك في حفظها أو نحوه، فالأقوى عدم البراءة من الضمان للأصل وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك، إذ هو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته و لم يرتفع الإذن له في حفظها، وإنما صارت به وديعة مضمونة).

إذ فيه: إن العقد السابق لا يحتاج إلى الفسخ، بل يمكن إضافة عقد آخر عليه، ولا مانع من جمع العقدين مطلقاً لأنه اعتبار، وتعدد الاعتبار في مورد واحد ممكن إذا كان لكل أثر، كما في الواجبين فيما إذا نذر الحج الواجب عليه، أو الصوم الواجب عليه، أو الصلاة الواجبة، وكذلك جمع المحرمين كما إذا نذر ترك شرب الخمر، إلى غير ذلك.

وهكذا حال ما إذا لم يجدد عقداً بل قال: إن حالة قبل الخيانة باقية، حيث معناه البقاء على الكيفية السابقة.

كما أن إشكال الجواهر على قول الشرائع: وكذا لو أبرأه من الضمان، غير ظاهر الوجه، قال مستشكلاً عليه: (لكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصالة الضمان، ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للإبراء، فإن المراد من الضمان إشغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمة، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه، مما هو إبراء عما لم يجب بعد، ودعوى

كون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذي هو تأهل الذمة إلى الاشتغال عل تقدير التلف، يدفعها منع سقوطه بذلك للأصل ولظاهر ما دل على سببية الضمان الشامل لصورة الإسقاط السالم عن معارضة ما يقتضي صحة هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه).

إذ يرد عليه أن الحق كالملك للمالك، له كل تصرف فيه سوى ما منعه الشارع، وأي دليل على منع الشارع في المقام، كما أنه أي دليل على أنه إذا قال للغاصب: أنت بريء، أنه لا يبرأ، وكونه قبل تعلق الحق الفعلي غير ضار بعد وجود الحق الشأني، كبراءة الطبيب من التطبيب أو مصالحة الزوجة حقها لزوجة أخرى أو للزوج وبالعكس إلى غير ذلك، وكذلك حال كل حق حتى التحجير لأنه اعتبار عرفي لم يغيره الشارع، ولذا كان المشهور مع الشرائع في الفتوى بذلك.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان ويتحقق بأن يجدد له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول له أذنت لك في حفظها أو أودعتك إياها أو استأمنتك عليها ونحو ذلك: كما في المبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، لأن الضمان إنما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة.

ويمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول عنه الضمان أم لا، وقد تقدم لنا في باب الرهن أن زوال الضمان في إيداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهارنا أنه ليس محل خلاف، وفي الوسيلة فيما نحن فيه أنه لا يزول إلا بالرد وهو شاذ على الظاهر.

ثم قال السيد العاملي: ويتحقق الاستئمان أيضاً بالبراءة من الضمان بأن يبرأه من الضمان كأن يقول له: أبرأتك من ضمانها ونحو ذلك، كما في التذكرة وجامع

المقاصد، وما يأتي في الكتاب في فصل الأحكام فإنه يبرأ من الضمان بذلك، كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة، وهما متلازمان لأن الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه، كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبرأه المالك من ضمان الحفر، لكن في ديات التحرير تأمل في هذا التنظير.

ثم إنه لا إشكال في البراءة من الضمان أيضاً فيما لو مات المودع وورثه المستودع، أو أخذه تقاصاً أو صار حربياً أو ما أشبه مما تقدم الكلام فيه.

ثم قال الشرائع: (ولو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها ولا ضمان)، وفي الجواهر: وفاقاً للمشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً، لضعف المباشرة وقوة السبب، ولأصالة البراءة وللضرر بترك التسليم فيباح له شرعاً، ويكون مندرجاً في نبوي الرفع المقتضي رفع الحكم وضعاً وتكليفاً إلا ما خرج.

ومقتضى القاعدة أن الحكم كذلك لو كان مضطراً إلى الدفع، إلى غير المالك.

لا يقال: يأتي بعض الأدلة في الدفع إلى غير المالك في حال النسيان مثل دليل الرفع، بالإضافة إلى أصل البراءة، وكذلك فيما إذا دفعه إليه سكراناً أو نحوه، فإن عدم وجود دليل قوة السبب و«لا ضرر» في المقام لا يضر بعد وجود الدليلين الآخرين، مع وضوح أن الدفع نسياناً ونحوه لا يوجب البراءة.

لأنه يقال: دليل «من أتلف» محكم، فلا مجال للأصل الذي هو أصيل حيث لا دليل، ورفع النسيان للضمان غير ظاهر من دليله، وإلا فلو أكل مال الغير نسياناً هل يقال بأنه ليس بضامن.

ثم إن أبا الصلاح أوجب الضمان في الإكراه لكونه متلفاً وقد باشر الدفع

بنفسه فيشمله عموم «من أتلف» وما أشبه، وإن كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته فقرار الضمان عليه.

وأشكل عليه الجواهر بأنه قد يشك في تناول الأدلة لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً، فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره، وإشكاله عليه وجيه لما عرفت من الأدلة.

ولا فرق بين أن يكون الإكراه بأخذ المكره المال، أو يكون الإكراه لأخذ غيره، كما لو أكره السلطان المستودع بأن يعطيه لزيد، ويأتي الكلام السابق فيما إذا أكره المكره المستودع بأن يتصرف في ذلك بالإفناء مثلاً، أو مجرد التصرف كما إذا جبره على أكل الطعام المودع عنده أو ركوب الدابة أو نحو ذلك لعدم الفرق في المناط المذكور.

أما لو زعم المستودع الإكراه ولم يكن إكراه واقعاً على ما مثلناه في كتاب الطلاق وغيره، فلا إشكال في الضمان، لأن الوهم لا يغير الواقع.

ولو كان إكراه واقعاً لكنه لم يعلم بالإكراه بل دفعه إلى غير المالك من دافع نفسه فهو ضامن، لأن الإكراه يجب أن يكون مربوطاً بالعمل، فإذا كان بينهما فصل لم يرفع الحكم.

ثم لو فرط في الوديعة ثم أكرهه المكره هل يضمن، الظاهر نعم، لأنه لا دليل على أن الإكراه يرفع الضمان السابق، فهو كما إذا زنت طائعة ثم لما أرادت الانصراف في وسط المباشرة أكرهها الزاني على البقاء حيث لا يرفع الإكراه الحد.

ولو انعكس بأن أكرهه المكره ثم فرط قبل إيصاله إلى من عينه المكره، كما إذا أكرهه على دفع الشاة إلى غير المالك فجعل الشاة ليلاً في الهواء الباردة مما يكون تفريطاً في حقها، ثم سلمها غداً إلى غير المالك، فالظاهر عدم

الضمان للدليل في الفرع المتقدم، فتأمل.

ولو أكره المستودع لكنه فرط بما أوجب موت الشاة في المثال السابق، فالظاهر الضمان، لأن الموت مستند إلى التفريط أو التعدي مثلاً لا إلى الإكراه، فهو كما إذا أكرهها على الزنا لكنها زنت طائعة لا بإكراهه حتى لو لم يكن الإكراه كانت زنت، فإن الحد ثابت لعدم استناد الزنا إلى الإكراه، فتأمل.

ومنه يعلم الحال في الاضطرار، لوحدة الملاك في المقامين، كما أنه لو اضطرت وأكرهت معاً ففعلت لأحدهما لم يكن حد، لأن الاستناد إلى أيهما يرفع الحد، وكذلك إذا استندت إلى كليهما معاً بحيث لو كان أحدهما لم يوجب.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كان العطب في الوديعة مستنداً إلى التعدي والتفريط معاً، مثلاً كان تركها في الهواء الباردة ليلاً، ثم ركبها مسافة طويلة في النهار، بما أوجبا معاً هلاكها، لكن في المقام يكون الضمان بأول الأمرين، نعم إذا تصورنا تقارنهما يكونان سبباً واحداً لانكسار السببين المتواردين اعتباراً كانكسارهما تكويناً، كما ذكرنا ذلك في الأصول وكتاب البيع مفصلاً.

(مسألة ٨): قال في الشرائع: (إذا أنكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو ادعى الرد ولا بينة فالقول قوله)، وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال في الأول، لعموم «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، سواء أسنده إلى سبب أو لا، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقة ونحوها، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل لم يحك الخلاف فيه إلاّ من الشيخ في المبسوط فلم يقبل قوله إلاّ بالبينة في التلف بأمر ظاهر لعموم البينة، لكن رماه بعضهم بالشذوذ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالإجماع الظاهر أو المحقق المحكي أو المحصل).

وكذا بالنسبة إلى ادعاء الرد لأن الأمين مؤتمن وليس عليه إلاّ اليمين، كما دل على ذلك النص والفتوى مثل رواية الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان» كذا رواه الكليني[1].

وفي رواية الصدوق مثله، وزاد في آخره: «وقال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: هو مؤتمن»[2].

وفي رواية أخرى للكليني، قال في حديث آخر: «إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان»[3]، بعد وضوح عدم لزوم الاشتراط، وإنما الاشتراط من باب مزيد الاطمئنان.

وعن أبان بن عثمان، عمن حدثه، عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث قال: وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»[4].

لوجود ملاكه في المقام.

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح٣.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح٤.

وعن الصدوق، قال: روي أن رجلاً قال للصادق (عليه السلام): «إني ائتمنت رجلاً على مال أودعته عنده فخانني وأنكر مالي، فقال: «لم يخنك الأمين، ولكن ائتمنت أنت الخائن»[1].

بناءً على أن المراد من هذا وشبهه بيان الحكم الشرعي بعدم خيانة كل أمين لك، وأنه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعاً، ولكن إذا خونته فاللوم عليك حيث إنك ائتمنت الخائن بزعمك.

وعن المقنع قال: سئل الصادق (عليه السلام) عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله، قال: «نعم ولا يمين عليه»[2].

قال: وروي أنه قال (عليه السلام): «لم يخنك الأمين، ولكن ائتمنت الخائن»[3].

وعن مسعدة بن صدقة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتهم من ائتمنت»[4].

وعن مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته»[5].

إلى غيرها من الروايات الواردة في باب الإجارة والعارية والمضاربة وغيرها، بعد وحدة الملاك في الجميع.

بل عن أبي علي وأبي الصلاح: إنه لا يمين عليه إلا مع التهمة للمرسل لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب.

وعن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة: إنه لا يمين عليه مطلقاً.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح٦.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من الوديعة ح٨.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٤ من الوديعة ح٩.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٩ الباب ٤ من الوديعة ح١٠.

وعن الفقيه: قضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن ولا يمين عليه.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو أنكر الوديعة فالقول قوله مع اليمين): كما في المبسوط وغيره.

وفي المسالك: إنه لا شبهة فيه، وفي مجمع البرهان: الظاهر أنه لا إشكال فيه، وعند قوله: (أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر) أن في التذكرة إذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا، سواء كان بسبب ظاهر أو خفي.

وفي مجمع البرهان: الظاهر أنه لا خلاف فيه، وفي المسالك والكفاية: إنه المشهور، وبكون القول قوله مع يمينه صرح في الشرائع والتحرير والإرشاد والتبصرة وغيرها، مضافاً إلى الفتاوى والإجماعات والشهرة.

وقال السيد العاملي عند قول العلامة: (أو نقص القيمة): أي لو اختلفا في القيمة بعد الاتفاق على التلف بالتفريط، فالقول قول المستودع بيمينه، كما في السرائر وكشف الرموز والمختلف وإيضاح النافع، وفي الرياض: إنه أشهر بل لعل عليه عامة من تأخر، وفي الشرائع والنافع: إنه أشبه.

وحكاه في المختلف عن التقي وابن حمزة، وقال عند قوله: (وعدم التفريط القول قوله مع اليمين): كما في النهاية والغنية والسرائر والنافع والتنقيح والكفاية.

وفي الرياض: إنه لا خلاف فيه إلاّ من حيث لزوم اليمين.

ثم قال القواعد: (وفي الرد نظر) أي في قبول قوله إذا قال رددته إلى المالك.

وفي مفتاح الكرامة: كما في التذكرة في الباب والوكالة، والمختلف في الوكالة، والإرشاد والكفاية حيث قال: (فيه إشكال) قال: لكن في المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الإرشاد لولده والإيضاح واللمعة وجامع المقاصد

وإيضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها أنه يقبل قوله مع يمينه، وهو المشهور كما في التنقيح والمسالك والروضة والكفاية، وقول الأكثر كما في مجمع البرهان، وفي وكالة السرائر والمهذب البارع وكذا المسالك الإجماع عليه، وهو المحكي عن نهاية المرام للصيمري.

وقال في المهذب: إن استشكال العلامة نادر.

وفي الجواهر: (بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلمات وهو الحجة مضافاً إلى كونه أميناً، وإلى غير ذلك ما سمعته في دعوى التلف مما يمكن إجراؤه هنا، وهو كما ذكروه، فإشكال العلامة غير ظاهر الوجه).

ثم إن الجواهر قال: (نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث لأنه لم يأتمنه)، لكن فيه نظر حيث إن ظاهر الأدلة المتقدمة عدم الفرق وإنما يقبل قوله لأنه أمين، فأي فرق بين أن يكون الوارث أو غير الوارث.

ومنه يعلم حال الوالي فيما إذا تجنن ونحوه، والوارث فيما إذا ارتد، والحاكم إذا غاب غيبة منقطعة، إلى غير ذلك.

ثم إن الشرائع قال: وللمالك إحلافه على الأشبه.

أقول: إنا قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن اللازم على الحاكم التحقيق أولاً، ثم طلب البينة واليمين، وذلك لأنه متعارف الحكام العرفيين، وقد قال الشارع: «جعلته عليكم حاكماً»[1]، ففي كل مورد لم يدل دليل من الشرع على تغيير الشارع

---

(١) انظر الوسائل: ج٨ ص٩٩ الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح١.

للكيفية العرفية كانت هي المعيار كسائر الموضوعات، وقد دل الدليل على ذلك في قضايا رسول الله (صلى الله عليه وآله) وعلي (عليه السلام) حيث كانا يحققان ويتوسلان لإظهار الواقع بالقرائن والأدلة.

مثلاً لم يقل علي (عليه السلام) لتلك الفتاة المتهمة للشاب بأنه أراد بها الفاحشة أن عليها البينة وإلا فعلى الشاب اليمين، بل كشف الأمر بسبب بياض البيض[1]، إلى غير ذلك مما ذكرنا جملة منه في كتاب القضاء.

وحيث إن الشارع لم يجعل البينة على المستودع بضميمة قوله: «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»[2] يكون عليه اليمين مع الاتهام، سواء كان منكراً كما إذا ادعى المودع أنه تعدى على الوديعة بالركوب واللبس وما أشبه، أو كان المودع المنكر والمستودع المدعي، كما إذا قال المستودع إنه أكره من قبل الجائر بإلقائه في البحر، أو افترسه الأسد أو غصبه الغاصب أو ما أشبه ذلك من ما يجعله مدعياً، وأنكر المودع ذلك.

وقد اختلفوا في أن عليه اليمين مطلقاً، أو ليس عليه مطلقاً، أو يفصل، والروايات في المقام على طائفتين، وإذا انضمت إليها الطائفة المطلقة فهي على ثلاث طوائف:

طائفة دلت على عدم اليمين عليه حتى في غير الثقة، كما تقدم في مرسل المقنع[3]، وفي رواية الغرر عن علي (عليه السلام) قال: «أدّ الأمانة إذا ائتمنت، ولاتتهم غيرك

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٠٦ الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ح١.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح٧.

إذا ائتمنته فإنه لا إيمان لمن لا أمانة له»[1].

وطائفة دلت على وجود اليمين عليه، مثل قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضي بينكم بالأيمان والبينات»[2].

وطائفة دلت على التفصيل بين الثقة وغيره، فعلى الثاني (المتهم) البينة، كما في مرسل الغنية على ما في مفتاح الكرامة قال: «وروي أنه لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب».

ورواية الدعائم، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهبت الوديعة، وإن أتهم استحلف»[3].

وعن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل دفع إلى رجل وديعة فقال المودع: نعم قد استودعتني إياها ولكن أمرتني أن أدفعها إلى فلان، وأنكر المستودع أن يكون أمره بذلك، قال: «البينة على المستودع أن صاحب الوديعة أمره بدفعها، وعلى المستودع اليمين»[4].

وعنه (عليه السلام)، أنه قال في رجل أودع رجلاً وديعة، فقال: إذا جاء فلان فادفعها إليه، فدفعها فيما ذكر، وأنكر الذي كان أمره بدفعها إليه أن يكون قبضها منه، قال: «القول قوله إنه دفعها مع يمينه إن اتهم، لأن صاحب الوديعة قد أقر بأنه أمره بدفعها»[5].

وعلى هذا فالجمع بين الأدلة يقتضي وجود اليمين على المستودع مع الاتهام

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٧.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح١.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح١.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٢.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٣.

دون غيره، ويؤيده جملة من الروايات المتفرقة في الأبواب المختلفة، بالإضافة إلى ما عرفت من الأصل، فإن الخارج يحتاج إلى الدليل لا الأصل، مثل قول الصادق (عليه الصلاة والسلام): «إذا ادعى المستعير إتلاف العارية و لم يكن له عليه بينة وكان ممن يتهم لم يصدق ويضمن»، إلى غير ذلك.

ويؤيد الاحتياج إلى اليمين في الجملة: أن حكم الحاكم في الموضوعات مع عدم القطع من دون بينة ولا يمين غير معهود من الشريعة، ومن الواضح الفرق بين مقام الحجية في نفسها وبين مقام فصل الخصومة، ولهذا نرى أن اليد حجة في نفسها لكنها لا تفصل الخصومة إلاّ بعد اليمين.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو دفعها إلى غير المالك وادعى الإذن من المالك في ذلك فأنكر المالك فلا ريب في أن القول قول المالك مع يمينه، لعموم قوله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» الذي هو المالك هنا لأنه هو الموافق للأصل).

أقول: ولا يأتي هنا أنه مؤتمن فليس عليه إلاّ اليمين، لانصراف الأدلة عنه، فإن قوله في خبر مسعدة: «ليس لك أن تأتمن من خانك ولاتتهم من ائتمنت»، وفي خبر ابن زياد: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته»، وما أشبه ذلك ظاهر في كون الأمر دائراً مدار الخيانة والعدم، وهذا ليس من الخيانة في شيء وإن كان ربما يسمى بالخيانة توسعاً.

ثم من ادعى المستودع الدفع إليه على أربعة أقسام، فإن كذّبه فالقول قوله أيضاً، لأن الأصل عدم الدفع، فعلى المدعي البينة وعليه اليمين، وإن صدقه ردت العين إن كانت باقية، وإن كانت تالفة كان المالك بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما، وإن سكت يعامل معه معاملة الساكت في طرف المدعي، وإن كان

وارثه وقد مات، أو وليه وقد جن، أو ما أشبه ذلك وادعى عدم العلم حلف على العدم، أو العلم حلف على القطع.

ثم قال الشرائع: (ولو صدقه على الإذن لم يضمن وإن ترك الإشهاد على الأشبه).

أقول: وهو كما ذكره، فإنه لو صدق المالك المستودع على إذنه في دفعه إلى الغير أو ما أشبه الدفع مثل إلقائه في البحر أو نحو ذلك، لكن المالك أنكر التسليم فهو كدعوى الرد، مقتضى القاعدة فيه أنه ليس على الأمين إلاّ اليمين، فهو حينئذ كالوكيل، ودعوى الرد على الموكل على ما عرفته في كتاب الوكالة.

أما لو صدقه على التسليم أيضاً لمن أذن له لم يضمن المستودع بإنكار المأذون له، وإن كان المستودع ترك الإشهاد، خلافاً لمن قال بالضمان حيث اختلف الأصحاب في أن من أمر غيره بدفع الوديعة إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فأنكر المدفوع إليه هل يضمن الدافع أم لا؟

قيل: يضمن فيهما لأن إطلاق الإذن يقتضي دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، فإذا ترك الإشهاد فقد قصر خصوصاً في الدين، إذ الغرض منه براءة الذمة ولا يظهر ذلك إلاّ بالإشهاد، لأن الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

وقيل: لا يجب الإشهاد فيهما ولا ضمان بتركه، لأن المأمور به هو الدفع وقد امتثله، والمتوقف عليه أمر آخر لا يدل عليه إطلاق الأمر وإنما هو مطلوب من الأمر، وعدم الإشهاد كما عرفت من الشرائع هو الأشبه بأصول المذهب وقواعده حيث إن الأمر لا يدل عليه إلاّ إذا كان هناك انصراف عرفي، فإنه إذا لم يشهد لم يكن إذن، ولهذا كان الضمان على ما تقدم.

وعلى أي حال، فمن يرى الإشهاد يراه من باب المصداق لا الخصوصية،

فمثله أيضاً كتابة المدفوع إليه أو سائر القرائن الدالة على الدفع.

ثم لا فرق بين كون دفع الوديع حراماً أو حلالاً، كما إذا قال المودع ادفعه لمن قامر معه، فغلبه من باب استحقاق طرفه له استحقاقاً بالقمار، أو قول ادفعه إلى الفاجرة إلى غير ذلك، وهكذا لو أمره بصرفه في السرف أو إلقائه في البحر اعتباطاً، إذ بعد الأمر والإذن لا يكون التلف بدون الإذن الذي هو معيار الضمان، لانصراف دليل اليد ومن أتلف إليه.

ثم لو اختلفت الورثة أو المودعان في التصديق والتكذيب أو ما أشبه ذلك كان لكل حكمه، والعلم الإجمالي بعدم مطابقة أحدهما للواقع لفرض الوحدة لا يضر بعد عدم أثر عملي له.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (إذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الإنكار، فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه، لاشتغال ذمته بالضمان، ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسناً).

أقول: قد تقدم أنه إذا أنكر الودعي الوديعة يقبل قوله وليس عليه إلاّ اليمين لأنه منكر، فمدعي الوديعة بحاجة إلى الإثبات من البينة ونحوها، فإذا ادعى المالك الوديعة وأنكر الودعي ثم أقام المالك البينة فصدقها الودعي لكنه ادعى التلف قبل إنكاره، فقد ذهب غير واحد إلى أنه لا تسمع دعوى الودعي بالتلف لأن دعواه منافية لإنكاره الأول الذي هو بمترلة الإقرار بالنسبة إلى ذلك في حقه، فيناقض حينئذ كلاماه ولا يتوجه له يمين ولا يفيده إقامة البينة بعد أن كذبها بإنكاره الأول.

لكن مقتضى القاعدة هو القبول كما ذكره الشرائع، لعموم قوله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وإطلاقه شامل للمقام أيضاً، ولأنه يجوز استناد إنكاره إلى نسيان ونحوه، وقد اختاره العلامة في التذكرة.

وفي المسالك نقل عن المختلف منع قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه، قال: (إن له إحلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه، وفي القواعد منعهما معاً فصار للعلامة في المسألة ثلاثة أقوال، وفيها قول رابع وهو أنه إن أظهر بإنكاره تأويلاً كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها ونحو ذلك، قُبلت وسمعت بينته، وإن لم يظهر لها تأويلاً لم تقبل، واختاره الشهيد وهو حسن).

لكن قال العلامة في القواعد: وإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل، فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه، وإن كان صيغة الجحود: لا يلزمني شيء، قبل قوله في

الرد والتلف مع البينة وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي، ولو أقرّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، وفي سماع بينته بذلك إشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار.

وتبعه المسالك قائلاً: (هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أما لو كانت صورته لا يلزمني شيء أو لا يلزمني تسليم شيء إليك أو ما لك عندي وديعة أو ليس لك عندي شيء، فقامت البينة بها فادعى التلف أو الرد، سمعت دعواه وبينته، لعدم التناقض بين كلاميه).

وهو كما ذكراه، لأنه ليس من التناقض في شيء، بل قد عرفت أن مقتضى القاعدة ما ذكره المحقق وتبعه غيره.

ثم إنه لو أقر بأن لديه وديعة ثم أنكر، لم يستبعد توجه اليمين عليه أيضاً إذا أبدى عذراً في إقراره، فإنه لو لم يسمع يمينه يلزم تخسيره في كثير من الأحيان حيث يقول إن إقراره كان لأجل أمر كما ذكروا مثل ذلك فيما إذا أثبت قبضه المال في الورقة ثم أنكر بحجة، مثل أنه إنما كتب لتعارف ذلك قبل القبض ثم لم يدفع له المديون المال، لكن الغالب أن الفقهاء لا يقبلون الإنكار بعد الإقرار بحجة إقرارالعقلاء وإن كان المشرف على سير المرافعات يرى كثرة مثل ذلك فيها.

ويؤيده أن الزهراء (عليها الصلاة والسلام) ادعت مرة أن فدك إرث ومرة أنها نحلة[1] ولم يكن لطرفها أن يقول إن الكلامين تناقض، فتأمل.

ثم إنه ليس من الإنكار بعد الإقرار إذا اختلف المتعلق، كما إذا قال المالك: أودعت عندك مائة دينار، فقال: لا، ثم اعترف بوديعة خمسين، بل وعكسه أيضاً

(١) البحار: ج٨ من الطبعة القديمة ص٨٩ الباب ١٠ من كتاب الفتن والمحن.

كذلك، فإن العموم المطلق يجعل الأمرين غير متناقضين، وكذلك حال ما إذا كان بينهما من وجه، أما إذا كان بينهما تباين كما اذا ادعى وديعة شاة فأنكر، ثم أقر بودعية معز فالأمر أوضح.

ثم إن المسالك قال: (وحيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان، وإن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها).

وفيه: إن الجحود مطلقاً ليس من الخيانة إذا أظهر له وجهاً محتملاً بالنسيان ونحوه.

(**مسألة ١٠**): قال في الشرائع: (إذا عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة، فإن أخر مع التمكن ضمن)، وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال للتعدي بالوضع في غير ما عينه له المالك)، ثم قال: (بل الأقوى بقاؤه على الضمان وإن وضعه بعد ذلك في الحرز مع احتمال عدمه حينئذ).

أقول: أما بالنسبة إلى فرعه الأول فلأنه بدون المبادرة المتعارفة يكون خائناً عرفاً فيشمله أدلة الخيانة، وأما بالنسبة إلى فرعه الثاني فقد عرفت أن رد الوديعة إلى الحرز يوجب عدم الضمان، أما مسألة التسليم إلى الزوجة والخادم ونحوهما فإن كان يرى العرف أنه من الخيانة فهو وإلا فلا، خصوصاً بعد تعارف مثل ذلك.

وكأن الجواهر أشار إليه بقوله: (اللهم إلاّ أن يكون هناك قرائن حالية أو مقالية تدل على ذلك).

ومنه يعرف الحال بالنسبة إلى المسائل المشابهة، مثل عدم السرعة في علف الدابة وسقيها، أو تحصين المتاع، أو إخفاء ما في معرض التلف إذا كان ظاهراً، إلى غير ذلك لوحدة الملاك في الجميع.

ثم إن وجوب المبادرة على ما ذكرناه هو المشهور بينهم، وقد حكي عن التحرير والتذكرة والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم.

أما ما يستفاد من كلام المبسوط وغيره ممن قيد بالإمكان من أنه لا يجوز تأخيراً لاستكمال وطره وحاجته من بيع أو شراء أو تدريس أو أكل أو حمام مما ليس ضرورياً، فقد عرفت في السابق التفصيل فيه.

كما أن المبادرة الواجبة هي العرفية فلا يلزم الركض والعدو ونحوهما إلاّ إذا كان في معرض التلف حيث يرى العرف أن التأخير بالمشي العادي أوجب استيلاء الظالم أو الحيوان عليه فحينئذ يجب.

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل تخرج من أصل التركة، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع، وفيه تردد).

أقول: الظاهر التفصيل في المسألة بين تعارف إبقاء الوديعة وبين عدم تعارفها، وإنما الذي ذكروه يأتي في الأول دون الثاني، فالوديعة كسائر الحقوق والأحكام جرت سيرة المسلمين على عدم الاعتناء ببقائها بعد مدة طويلة من الزمن، وهي تقف أمام الاستصحاب، سواء في نفس الإنسان حيث يشك بعد مدة، أو ورثته أو وصيه أو نحوهما.

فإن كل وارث على الأغلب يعرف أن مورثه استدان من البقال والعطار وغيرهما في قبال البضاعة المشتراة منهم، واستدان النقود من الدائن وقت حاجته، وأودع الناس عنده شيئاً، وفاتت منه صلاة وصيام، وتعلقت به نفقة زوجته ونحو ذلك، ومع ذلك لا يعتنون إلاّ بالمقدار المعلوم، حتى أن مثل ذلك أيضاً سيرة نفس الإنسان في عدم الاعتناء بما فعله قبل ثلاثين سنة مثلاً، ولا يمكن التمسك بالاستصحاب لها أو لغيرها من الوجوه، نعم في غير ما جرت السيرة يحكم بالاستصحاب.

وقد استدل المشهور على ما ذهبوا إليه مما عنونه الشرائع بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها إلى أن يردها إلى مالكها، فإذا لم نعلم أنه ردها إلى مالكها كان ضامناً لها، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، فاللازم على الوارث إرجاع الوديعة إلى صاحبها.

قالوا: ولأنه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن، ولاستصحاب بقائها في يده إلى الموت، وبعده تكون في جملة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى عينها لعدم معرفتها وجب البدل، فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء، وإذا كان مردداً بين

شيئين أو ثلاثة أشياء مثلاً، فلا تنتشر في كل التركة، وإنما يكون من المشترك بينهم وبين المودع.

أما ما ذكره الشرائع من التردد، ففي المسالك يحتمل أمرين:

(أحدهما: أن يكون في أصل الضمان، فإن اعترافه بها في حياته إنما يقتضي وجوب الحفظ، وإلا فذمته بريئة من ضمانها، فإذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها إلى المالك، والأصل براءة ذمته من الضمان، وكون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل، وليسا متنافيين حتى يتساقطا، إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة.

والثاني: أن يكون التردد في كيفية الضمان، فإن أصالة بقائها اقتضى كونها في جملة التركة، غايتها أن عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك، وكون الشركة قهرية لا يقدح في الحكم كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما، فإن الشركة تتحقق ويقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء، والانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع العلم بوجودها في جملة المال، وإلا منعنا البدل وأصالة البقاء قد أوجبت ذلك).

أقول: الظاهر أنه لا إشكال في وجوب الرد مع معرفة العين، واحتمال أنه اشتراها أو وهبت له أو غير ذلك من الناقلات الاختيارية أو القهرية خلاف الاستصحاب، وكذلك حال ما إذا ترددت بين أعيان، وتأتي مسألة الشركة هنا ومقتضى القاعدة إجراء قاعدة العدل، أما إذا لم يعرف العين لم يستبعد الاستصحاب المقتضي لضمان البدل، ولو لم يعرف القدر فالتصالح، وإن أبى أحد الطرفين صالح بينهما الحاكم قهراً على ما ذكرناه في كتاب الصلح.

ومنه يعرف النظر في قول الجواهر من (عدم صلاحية ما ذكروه لإثبات الضمان

الذي مقتضى أصل البراءة بلا واسطة عدمه، و«على اليد» مخصوص بالأمانة المستصحب حكم عدم الضمان فيها، بل هو مقتضى إطلاق الدليل... ولم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد خصوصاً مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلاً وتركاً)[1].

إذ البراءة محكمة بالاستصحاب، ولا حاجة إلى الضمان بعد أن الاستصحاب يقتضي بقاء المال في التركة، وعدم تعارف الإشهاد يوجب الشك في أصل وجوبه، كيف ولو كان واجباً لتعارف مثل تعارف الصلاة والصيام ونحوهما، مع أن المراجعة إلى عرف المتشرعة يرى تعارف عدم الإشهاد فلا مجال لأصل الصحة.

هذا بالإضافة إلى أن إجراء أصل الصحة لا يثبت أنه رد الوديعة أو انتقلت إليه.

ومنه يعرف وجه النظر فيما ذكره المسالك قال: (الأقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك، وإن علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء، وإلا فلا ضمان أصلاً لأصالة براءة الذمة، وأصالة بقائها إلى الآن لو سلمت لا يقتضي تعلقها بالذمة)[2].

ثم مثل الموت بعد الاعتراف بالوديعة غلبة النسيان عليه أو جنونه أو أغمائه أو ما أشبه ذلك مما لا يمكن معه استفساره عنها.

كما أن مثل الوديعة سائر أموال الناس عنده من غصب أو عارية أو مال مضاربة أو غيرها، وكذا إذا قال إنه مديون بالخمس أو الزكاة أو المظالم أو الكفارة أو نحوها، وكذلك حال الفقيه ووكيله الذين عندهما الحقوق كالخمس والزكاة أو أموال الفقراء والقصر، أو المال الذي أعطاهم الناس لإجارة الصلاة والصيام والحج وغيرها عن أمواتهم، لوحدة الملاك في الجميع.

---

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٥٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٢٣ ـــ ١٢٤.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (إذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان، فإن صدق أحدهما قبل وإن أكذبهما فكذلك، وإن قال: لا أدري، أقرت في يده حتى يثبت لها مالك، وإن ادعيا أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين).

أقول: قد يقول إنها لهذا أو لذاك أو لثالث، أو بالاشتراك بينهما أو بين الجميع أو بين أحدهما وبين الثالث، أويقول لا أدري لأيهما، أو لا أدري لأحدهما أو لثالث، أو لأحدهما أو لنفسي، ومع اعترافه بأنها لكليهما أو ما أشبه فقد يقول إنها لهما بالتساوي، أو بالاختلاف مع علمه بقدر النسبة، أو يقول لا أدري النسبة، أو يقول لا أدري إنها لهما بالتساوي أو بالاختلاف، فإن كان الأول فالحكم مع البينة، وإن كان الثاني فالحلف، وإن كان الثالث حكم قاعدة العدل.

ثم إن قال الودعي إنها لزيد مثلاً، لزم عليه أن يحلف لعمرو المدعي الآخر أنها ليست له، لأن عمرواً مدع، فاذا حلف لعمرو فهو، وإن لم يحلف لعمرو فالمشهور أنه يخسر له لحيلولته بإقراره أنها لزيد بين عمرو وبين ماله، لكنا ذكرنا في كتاب الغصب الإشكال في ذلك، لأن الإقرار لا يقف أمام العلم، فكيف يخسر لأحدهما العين وللآخر قيمتها مع العلم بأن ذمته ليست مشغولة إلا لأحدهما فقط، بل قاعدة العدل تقتضي التقسيم بينهما أو القرعة.

ثم إن تحققت كون الوديعة لزيد لأنه أقر له المستودع، وحلف لعمرو أو قامت البينة أنها ليست لعمرو مثلاً ففي الثانية لا إشكال في عدم حق عمرو على زيد بالحلف، أما في الأولى فالظاهر أنه لا حق له عليه في الحلف أيضاً، فإن المقام من قبيل ما لو تنازع الداخل والخارج وحلف الداخل للخارج ثم انتقل المال إلى ثالث فهل للخارج بأن يقيم عليه دعوى جديدة ويحلفه حلفاً من جديد، فإن الحلف يذهب بالحق، لكن مع ذلك يحتمل حقه في دعوى جديدة والملاك في المقامين واحد.

ومن ذلك ظهر وجه النظر في قول المسالك: (فإن أقر لأحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للآخر، فإن حلف له سقطت دعواه عنه، وبقيت منازعته مع صاحبه فله إحلافه أيضاً، فإن حلف سقطت دعواه أيضاً واستقر ملك المقر له على العين، ولو نكل الودعي عن اليمين أحلف المدعي على استحقاقها إن لم يقض بالنكول، وأغرم الودعي له المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبينها بإقراره الأول، تتريلاً لليمين المردودة مترلة إقرار المنكر، إذ لو أقر بها ثانياً للآخر يغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار).

ومما تقدم يعلم الحال فيما لو أكذبهما معاً، سواء قال إنها له أو لثالث، أو قال لا أعلم لمن بدون تعيين الثالث، فإن اليد له ولكل منهما حينئذ إحلافه على البتة أيضاً، فإن نكل عن اليمين ردت عليها وصارا في الدعوى سواء لأن يدهما خارجة، فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما، وإن حلف أحدهما خاصة اختص بها.

وإن قال المستودع هي لأحدهما ولا أدري من هو على التعيين، فإن صدقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق، فإن أقاما البينة أو حلفا أو لم يقم أحدهما بينة ولا حلف قسم بينهما بالتساوي، وإن أقام أحدهما البينة أو حلف أحدهما فقط كانت الوديعة له.

ثم في هذه الصورة إن كذباه في عدم العلم، فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك أو أدعى أحدهما ذلك عليه، فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم، والظاهر كفاية يمين واحدة لأن المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين، وهنا قول بأنه يحلف لكل منهما يميناً، لأن كلاً منهما مدع فيدخل

في عموم حديث «اليمين على من أنكر»[1]، لكن الظاهر كفاية اليمين الواحدة.

وعلى أي حال، فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما، وقد عرفت أن مقتضى القاعدة التقسيم لا ما حكي عن الشيخ من الاقتراع بينهما، فمن خرج اسمه وحلف سلمت إليه، ولا ما عنه أيضاً من أنه يوقف حتى يصطلحا، إذ لا وجه لذلك بعد القاعدة المذكورة.

ولذا قال في الجواهر: (لعل الأقوى أنهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين وتساويهما في الحجة وهو يقتضي القسمة كذلك، ولايكون الأمر مشكلاً، والإيقاف حتى يصطلحا ضرر، والاصطلاح غير لازم)[2].

ثم إن صدقهما بأنه لهما وقال لا أعلم كم لهذا وكم لهذا يقع الأمر بينهما، فإن ادعى كل منهما النصف أو أحدهما الثلث والآخر الثلثين وهكذا فهو، وإن ادعى كل منهما الثلثين مثلاً أعطي كل منهما الثلث، وفي الثلث المتنازع فيه تجرى قاعدة البينة واليمين، وإلا فالتقسيم حسب قاعدة العدل.

ولو ادعى أحدهما أن الجميع له، والآخر أن النصف له، كان من التنازع، وكذلك في سائر المقامات، وأن النزاع في النصف لأن النصف الآخر لا مدعي له، وقد حققناه في بابه، والمسألة طويلة الذيل نكتفي منها بهذا القدر.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح٣.

(٢) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٥٣ ــ ١٥٤.

(**مسألة ١٣**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا فرط أو تعدى وتلف المال واختلفا في القيمة، فالقول قول المالك مع يمينه لخروجه عن الأمانة المقتضية لسماع قوله، وللمرسل، وقيل: القول قول الغارم مع يمينه، وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأصالة البراءة، والخروج عن الأمانة لا يخرجه عن حكم المنكر، ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضاً، و لم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدعي والمنكر).

أقول: مقتضى القاعدة ما اختاراه، إذ لا وجه للقول الأول إلاّ أن يأتي بالبينة والمفروض عدمها.

وإذا كانت الوديعة مثلية واختلفا في المثل، مثلاً كانت قطعة قماش واختلفا في أذرعها فالقول أيضاً قول المقل للأصل المذكور، أما إذا اختلفا في جنسها فهو من التداعي يحكم لمن له البينة أو حلف، وإن أقاماها أو حلفا أو لم يأت أحدهما فالمحكم قاعدة العدل على ما عرفت.

(**مسألة ١٤**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث، فإن كانوا جماعة سلمت إلى الكل أو إلى من يقوم مقامهم بوكالة أو ولاية، ولو سلمها إلى البعض من غير أذن ضمن حصص الباقين بلا خلاف ولا إشكال).

أقول: مقتضى القاعدة في ما إذا كانت الوديعة مما يرثها وارث واحد أن يسلم إليه، كما إذا كانت حبوة خاصة بالولد الأكبر كالسيف والخاتم وما أشبه، أما إذا كانت للجميع فاللازم أن يسلم إليهم حسب تقسيمهم الإرثي، فإن كان ثلاثة دنانير وكان الوارث ولداً وبنتاً سلم الولد الدينارين والبنت الدينار.

وكذلك إذا ارتد المودع حيث تقسم أمواله بين ورثته، وإذا جن أو ما أشبه كان اللازم التسليم إلى الولي الشخصي أو الحاكم حسب الموازين.

ثم التسليم إلى الكل حسب حصصهم إنما يكون إذا لم يستلزم التفريق نقص القيمة كزوج حذاء، حيث إنه إن سلم إلى كل واحد من الوارثين الولدين فرداً أوجب نقص قيمة المجموع عليهما، فاللازم مراعاة ذلك بحيث لا يتضرران.

وإن عكس بأن أودعه نفران فردي حذاء وماتا وكان لكل واحد منهما وارث، فالظاهر أنه يسلم كل فرد إلى وارثه، ولا يلزم عليه جمعهما بحيث يحرزان ارتفاع القيمة من الاجتماع، لأن جمع الفردين عنده لم يكن للمالك حتى يرثه الوارثان.

(مسألة ١٥): فيها فروع:

(الأول): إذا كانت الوديعة أرضاً ومات المودع، سلمها إلى الورثة دون الزوجة، لأنها لا حق لها فيها، مثل ما تقدم من مسألة الحبوة، وإن كانت عمارة حيث لها من قيمة البناء لم يجز له تسليمها إليهم بدون الزوجة إذا لم ترض، لأن التسليم يوجب تلف القيمة عليها، فاللازم على الودعي الجمع بين الوارثين في التسليم بحيث لا يتلف على أحدهما حقه.

(الثاني): قال العلامة في التذكرة: (لو تعدى في الوديعة وبقيت في يده مدة من الزمان وجبت أجرة مثلها عن المدة، لأنه صار كالغاصب عليه عوض المنافع).

والظاهر أنه هو الذي اختاره مفتاح الكرامة لأنه ذكره ساكتاً عليه، وتبعهما المامقاني في مناهج المتقين.

لكن ربما يستشكل في ذلك بما تقدم من أنه إذا سلم الوديعة إلى صاحبها لم يكن عليه ضمان، إذ الضمان فيما إذا لم يحفظها حسب الموازين وإلا رجعت حالة الأمانة لتحقق الحفظ بتحقق موضوعه، وإن كان المشهور لا يقولون بذلك على ما عرفت في بعض المسائل السابقة، نعم قدر ما استفاد منها من الركوب واللبس وما أشبه عليه الأجرة فيه.

وربما يؤيد عدم الأجرة عدم الإلماع في روايات الخيانة[1] إلى ذلك، فهو من السكوت في مقام البيان.

وعلى أي حال، فالاحتياط ما ذكروه، وإن كان الاحتياط في هذا الجانب أيضاً يقتضي ما ذكرناه، والجمع بين الاحتياطين هو التصالح بين الجانبين.

(الثالث): قال العلامة في التذكرة: لو دخل خاناً فجعل حماره في صحن

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة.

الخان وقال للخاني: احفظه كي لا يخرج، فخرج في بعض غفلاته، فالأقرب الضمان، لأنه قصر في الحفظ بالغفلة، ووافقه على ذلك مفتاح الكرامة وأضاف قوله: وكذلك الحال في الثياب بالنسبة إلى الحمامي، ووافقهما على ذلك مناهج المتقين.

وما ذكروه هو مقتضى القاعدة حيث كان من التفريط.

وكذلك حال صاحب المنقل (الكراج) بالنسبة إلى السيارة، والمطار بالنسبة إلى الطائرة، والمحطة بالنسبة إلى القطار، والميناء بالنسبة إلى الباخرة، فيما إذا سرقت أو سرق منها، وكذلك حال حافظ الأحذية في الأعتاب المقدسة، وحافظ السلاح والمال وما أشبه بالنسبة إلى مداخل المراكز المهمة، إلى غير ذلك.

(الرابع): قال العلامة في التذكرة: لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر إلى نقل أمتعته قبل الودائع، فغرقت أو احترقت أو سلبت فلا ضمان، كما لو لم يكن عنده إلاّ الودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله.

ونقلها مفتاح الكرامة ساكتاً عليه مما يدل على ارتضائه له.

وفي مناهج المتقين ذكر الفرع بنفسه لكنه في الحكم قال: (في ضمانه وجهان، والأشبه العدم، إذ لا يلزمه إتلاف ماله حفظاً للوديعة والضمان أحوط).

لكن لا يبعد التفصيل بين الأهمية وعدمها، مثلاً إذا كان له كتاب يسوى درهماً والوديعة تسوى ألف درهم فقدم كتابه على الوديعة، بما لو قدم الوديعة فقد كتابه فقط، فإن الظاهر أنه عرفاً من الخيانة، وإذا قدم الوديعة لأهميتها كان له أخذ بدل الكتاب من المودع، فهو كالصرف على الوديعة مما تقدم تفصيل الكلام فيه.

(الخامس): قال في مفتاح الكرامة: إذا دفع إلى رجل خاتماً ونحوه ليمضي إلى وكيله علامةً ويقبض منه شيئاً، وقال: إذا قبضته رد الخاتم علي، فقبض ولم يرد الخاتم، فقد قرب في التذكرة أولاً الضمان ثم احتمل العدم، لأنه ليس عليه الرد

ولامؤنته، وسكت عليه السيد العاملي مما يدل على ارتضائه له، وفي مناهج المتقين ذكر مثله وأفتى بالضمان.

أقول: الظاهر الضمان في الأشياء الثمينة المعتنى بها، أما إذا كانت العلامة مما لا قيمة له كالظروف الورقية ونحوها التي يكتب عليها اسم صاحب المحل لأجل وضع البضاعة فيها أو ما أشبه ذلك، فلا لزوم للرد ولا ضمان مع التلف، ثم لو لزم الرد وكانت له أجرة للطريق أو ما أشبه كان على المودع على ما تقدم الكلام فيه.

(السادس): قال العلامة في التذكرة: إذا دفع قبالة إلى غيره وديعةً ففرط فيها، فإنما يضمن قيمة الكاغذ مكتوباً ولا شيء عليه مما في القبالة.

وسكت عليه السيد العاملي بعد نقله عنه، وفي مناهج المتقين: لو أودع قبالة عند غيره ففرط في حفظها أو تعدى ضمن قيمتها، وهل يضمن ما في القبالة، وجهان أشبههما العدم، لكن الظاهر الضمان لأنه سبب ذهاب ماله.

أما إذا أودع عند أحد كتاباً مما يريد دراسة ولده فيه مما يوجب أن يكون طبيباً مثلاً فضاع بتفريط، لم يضمن نقص قيمة دراسة ولده، وكذلك إذا أودع ماكنة الخياطة لم يضمن إلاّ قيمتها لا نقص العبد الذي لم يتعلمها بسبب ضياع الماكنة، واحتمال أن النقص في العبد بسببه غير ضار بعد عدم كونه سبب الضرر عرفاً، فهو كما إذا أسقط إنسان إنساناً على الأرض فداسته الأرجل فمات، فإن الدية عليهم لا عليه.

نعم لو أسقطه فافترسه الحيوان بما لو لم يسقطه لم يفترسه كان السبب أقوى من المباشر.

وقد اتفق في زماننا أن إنساناً وكز قلب إنسان فأغمي عليه مما ظن الأطباء موته، وحيث كانوا ينقلونه في سيارة الأسعاف إلى المقبرة صحا من غشوته

فقال من عنده في السيارة نم، فنام ومات بعد نومته، واتفق الأطباء عند فحصه بأنه لو بقي جالساً ولم ينم في السيارة لم يمت وإنما موته حدث بسبب نومه المنبعث عن أمر من كان معه بالنوم، فإن مقتضى القاعدة ضمان الآمر ديته لا الواكز.

ولو قيل: بأنه لو لم يكز الواكز له لم ينته الأمر إلى الموت.

قلنا: هو كما إذا استصحبه إنسان إلى مكان فاتفق أن رامياً رماه فقتله، فهل يقال لو لم يكن المستصحب لم يمت، والحاصل إن المسألة من السبب والمباشر.

(السابع): قال العلامة: لو دفع إليه وثيقة وديعة، وقال: لا تعطها لزيد حتى تأخذ منه ديناراً، فردها إليه قبله، ضمن قيمة القبالة مكتوبة وأجرة الكاتب، وينبغي التأمل في أجرة الكاتب، وذكره مفتاح الكرامة ساكتاً عليه.

أقول: بل ينبغي ضمانه مقابل القبالة إلى الدينار أيضاً، فإنه بدفعها إليه فوت عليه مقابلها، فهو من السبب، فإذا شاء المودع رجع إليه أو إلى الطرف المنكر لمقابل القبالة.

وكذلك إذا قالت الزوجة: لا تسلم ورقة العقد إلى الزوج حتى تأخذ المهر منه، لأن في الورقة اعترافها بتسلمها المهر، فسلمها إليه قبل ذلك مما سبب تفويت المهر على الزوجة.

وهكذا الحال بالنسبة إلى أخذ الدية حيث سلم الورقة إلى إنسان ليسلمها إلى معطي الدية فقال: لا تسلمها إليه قبل أخذك الدية منه.

والمكاتب والسيد بالنسبة إلى النجوم، إلى غيرهم من أصحاب الحقوق التي تفوت حقوقهم بسبب تسليم المستودع الورقة إلى الثالث الذي يطلبه المودع ونحوه.

(الثامن): لو سلم المستودع الوديعة إلى غير المودع اشتباهاً، فإن كان من

التعدي أو التفريط عرفاً ضمن، وإلا لم يضمن على ما سبق الإشارة إلى مثله، وكذلك إذا جن جنوناً خفيفاً أو نحو الجنون فسلمها إلى غير المالك.

(التاسع): قال في القواعد: لو عين المودع للمستودع حرزاً وقال: ضعها فيه، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها إلى حرز غيره، فإذا تركها والحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره.

أقول: وذلك للارتكاز، لأنه مفرط في الحفظ عرفاً، إذ الذي يستفيد العرف من مثل ذلك أنه قصد بالتعيين نوعاً من الصيانة والاحتياط، لا أنه قصد بذلك الإعراض إذ عرضت أمثال هذه الأحوال المخوفة، فالاحتياط لازم عليه في النقل لأنه مأمور بالحفظ الذي لا يتم إلاّ بالنقل، فإذا لم ينقلها كان من التفريط المسبب للضمان، سواء تلفت بالمخوف أم بغيره.

ثم قال القواعد: ولو قال لا تنقلها وإن خفت، فنقلها من غير خوف ضمن، وفي مفتاح الكرامة يدل عليه بالأولوية ما تقدم من الإجماع المعلوم والمنقول في التنقيح والمسالك.

ثم قال القواعد: ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها.

أقول: وذلك لأنه هو السبب فليس من التعدي أو التفريط والخيانة الموجبات للضمان.

ولو شك في أنه أراد بنهيه عن النقل الحفظ أو البقاء حتى مع الخوف لوجهة نظر له في ذلك، لم يستبعد اتباع الارتكاز العرفي من إرادة الحفظ، اللهم إلاّ أن يقال بأصالة عدم الضمان.

ثم قال القواعد: ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك، احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة، وقول الودعي لأنه أمينه.

أقول: لكن الظاهر هو الثاني، لأنه محسن فلا سبيل عليه، ولأنه إنما قبض لمصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه، ولأن عدم تقديم قوله يفضي إلى تنفير الأمناء من الوديعة، وربما أدى إلى تعذر حصولها، وأن إمكان إقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على إقامتها كما في دعوى التلف، كذا في مفتاح الكرامة، والعمدة إطلاق عدم تخوين من ائتمنه الإنسان مما تقدم من الأدلة، وقد اختار هذا القول المختلف، وقواه جامع المقاصد، بل في الأول أنه أشهر.

قال في مفتاح الكرامة: (ولعله استند في دعوى الأشهرية إلى عمومات النص والفتوى، مثل صحيحة الفقيه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، ورواية ثقة الإسلام والشيخ في الحسن الذي هو كالصحيح، عنه (عليه الصلاة والسلام) أيضاً قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[1]، وهو بإطلاقه شامل للغرق وغيره كإطلاقات الفتاوى، وإلا فلم نجد من أفتى به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في المبسوط مخالفاً له).

أما احتمال تقديم قول المالك فهو خيرة المبسوط والتذكرة، عللوه بأن المستودع ادعى أمراً ظاهراً لا يخفى كالحريق والنهب والغرق ويمكن إقامة البينة عليه، بخلاف السرقة والغصب والتلف في يده، فإنها أمور خفية يقبل قوله فيها مع يمينه، لكنك قد عرفت أن إطلاق النص والفتوى يقتضي قبول قوله، وقد ذكرنا سابقاً مسألة تحقيق الحاكم وأن دور اليمين والبينة بعد التحقيق.

(العاشر): قال في القواعد: (لو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن، ولو قال: ضعها في كمّك فوضعها في جيبه لم يضمن لأنه أحرز، ويضمن

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح١.

بالعكس، ولو قال: اربطها في ثوبك، فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبطّ، أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن، فإن ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار، ولا يضمن لو جعله من داخل)[1].

أقول: مقتضى القاعدة ما تقدم من المعيارين من إرادة المودع الحفظ أو الخصوصية، كما أن في نقله هل يكون من التفريط أو التعدي أو لا، ومن الواضح اختلاف أنظار المودعين، كما أن من الواضح اختلاف أقسام النقل.

ومن ذلك يعلم المعيار فيما ذكره القواعد بعد ذلك بقوله: ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن، ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت، ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن، ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً، فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها من دخل البيت أو غيره، ولو قال: اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، بخلاف العكس.

أقول: أما فرعه الأول من الفرق بين صناديق المالك وصناديق المستودع فقد حكي عن المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد، وعلله في مفتاح الكرامة بأن المالك بوصفه قد عين الحرز فإذا خالف المستودع كان تصرفاً غير مأذون فيه فيضمن وإن كان أحرز، لأن في ذلك تغييراً لحال الوديعة إلاّ مع الخوف والحاجة إلى النقل، بل في التحرير إنها في الحقيقة وكالة لا استيداع.

أقول: لكنك قد عرفت المعيار الآتي هنا أيضاً، فلا وجه ظاهر للفرق بين الصندوق للمالك والصندوق للمستودع، ومنه يعلم الحال فيما إذا كان الصندوق للثالث، أو نقل من صندوق المالك إلى صندوق المستودع أو الثالث أو بالعكس،

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص١٨٧.

وكذلك حال الاصطبلات بالنسبة إلى الدواب.

ومنه يعلم الحال في فرعه الثاني، وهو أنه لو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن، وإن كان حكي عن المبسوط والتحرير، وعلله في مفتاح الكرامة بأنه زادها حرزاً، فكان كما لو قال له اطرحها في صحن دارك فأدخلها في البيت وقفله.

قال في المبسوط: ومن الناس من قال: يلزمه الضمان لأنه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالاً، ورده بأنه لو قال بلفظه إن فيه مالاً لم يضمن فبالأولى أن لا يضمن بالتنبيه.

أقول: لكن المعيار هو ما ذكرناه، فإنه قد يريد عدم القفل، كما أنه قد يريد القفل لاختلاف الدواعي والأغراض، فكان ما استثناه المبسوط هو الموافق للقاعدة، ورده محل تأمل.

أما فرعه الثالث وهو قوله: (لو قال اجعلها في هذا البيت ولا يدخله أحد، فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها من دخل البيت أو غيره)، ففيه نظر واضح، إذ إدخال الناس وعدم الإدخال لا ربط له بالوديعة، وإنما يلزم الفرق بين التلف بسبب الإدخال وغيره، ولذا كان المحكي من التذكرة أنه استشكل فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين، أو تلفت بحرق أو غرق، لم يضمن بحصول التلف بغير سبب المخالفة.

أما القول بأنه تفريط بالمخالفة، ففيه ما لا يخفى، لأن كل مخالفة لا يوجب الضمان، فهو كما إذا قال له: اجعله عندك وديعة ولا تشرب الماء أو ما أشبه، مما لا ربط له بالحرز، ومن الواضح أنه ليس إدخال القوم معتبراً في الحكم، بل هو جار في الواحد أيضاً، كما نيه عليه مفتاح الكرامة.

وأما مسألة الخاتم والخنصر فقد قال في مفتاح الكرامة: (إنه هو فتوى المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير، وشرط في الأخير في صورة الأصل أن يكون الخاتم متسعاً يترل إلى أسفل، قال: وإن كان ضيقاً يقف عند الأنملة ضمن، وهو مراد في بقية العبارات، وكذا إذا كان وضعه في البنصر مفضياً إلى تلفه بالكسر أو الحك فإنه يضمن لو تلف، وينبغي التقييد في صورة العكس بما إذا كان يبلغ أسفل البنصر، وإلا فأصل الخنصر أوثق منه، وهذا كله مبني على أن النقل إلى الأحرز عن المعين جائز اختياراً، وأما على القول بعدم جوازه إلاّ عند الضرورة فلا يتأتى ذلك).

لكنك قد عرفت المعيار في المسألة، فليس الأمر على نحو الكلية التي ذكروها.

(الحادي عشر): لو كانت الوديعة تفسد بالوضع في الموضع الحار أو البارد فوضعها فيه ضمن، أما إذا أمر المالك بذلك، فإن كان عن قصد لم يضمن، وإن كان عن ارتكاز أنه صالح للوديعة ولم يعرف المستودع الارتكاز لم يضمن أيضاً، وإن عرف المستودع بذلك ضمن بأن عرف المستودع اشتباه المودع، كما إذا قال له الطبيب: احفظه في مكان بارد، فاشتبه وزعم بأنه قال احفظه في مكان حار، وهذا من فروع تخالف الإشارة واللفظ.

ثم إذا قال: احفظه في هذا أو ذاك، فحفظه وذهبت الكهرباء بما أوجب الفساد لم يضمن، والظاهر ضمان صاحب ماكنة الكهرباء من جهة إتلاف مال الناس بشرائطه المقررة، أما إذا جعل ميت الناس في مكان يسرع إليه الفساد كالمكان الحار ففسد فهو معصية لا أنه يوجب الضمان لعدم المالية.

(الثاني عشر): لا فرق في الضمان بين تساوي قيمة الموافقة والمخالفة أو

تخالفهما، فلو قال: احفظ الخبز في مكان حار، فحفظه في البارد ضمن للمخالفة وإن تساوت قيمة الخبزين.

(الثالث عشر): لو لم يحفظ ثلجه في الثلاجة مما سبب ميوعته مع أمره بذلك، ثم أرجع الماء إلى الثلاجة حتى جمد، فعلى المشهور يضمن لأنه خالف، كما ذكروه في مسألة الرد إلى الحرز، وعلى ما ذكرناه هناك لا يضمن، وكذلك عكس المسألة بأن كان لا يريد الماء الجامد فجمده ثم أذابه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(الرابع عشر): من مسألة المخالفة في الحرز مسألة ما إذا فتق القميص ثم خاطه، أو فسخ الباب ثم جمعه، أو ميز الخليط من الحنطة والشعير للمالك ثم خلطهما، أو بالعكس فيما أعطاه مخلوطاً أو مميزاً، أو فك مثل السيارة والغسالة والبرادة وسائر المركبات ثم جمعها، أو بالعكس بأن أودعه قطع غيار فجمعها ثم فسخها، أو كتب في الورق المودع ثم محا الكتابة، أو بالعكس فيما لم يضر بالورق شيء ولم يبق له أثر، وإن كانت بعض المسائل المذكورة أشكل في عدم الضمان من بعض.

(الخامس عشر): لو أتلف البعض المتصل من الوديعة، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب، أو فقأ عين الدابة أو صلم أذنها أو جدع أنفها، أو هدم غرفة في الدار، أو قطع غصناً من الشجرة ضمن الجميع، وذلك لأنه خيانة، فلا تخص البعض دون البعض، أما لو صدر ذلك منه خطأً أو نسياناً أو بزعم أنه ملكه أو بظن أن المالك أجازه في ذلك أو نحو ذلك ضمن ما أتلفه

خاصة لدليل اليد[1]، و لم يضمن الباقي لأنه لم يخن في الأمانة.

هذا بالنسبة إلى البعض المتصل، أما لو أتلف البعض المنفصل منها، كما لو أتلف درهماً من صرة أو بيضة أو جوزة من سلة منهما أو ما أشبه ذلك، ضمن ما أتلفه خاصة دون الباقي، لأنه لا يكون من الخيانة في الباقي حتى يضمنها، نعم إذا فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فإنه يضمنه لذلك لا لإتلاف البعض. ولا يزول ضمانه للبعض بإعادته إياه، بل يحدث ضمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما سبق.

نعم إن أتلف أحد مصراعي الباب أو فردي الحذاء ضمنه وضمن قيمة الاجتماع أيضاً، وفي حكم الإتلاف في المسألتين ما يشبه الإتلاف كما إذا خرق بعض الثوب أو جرح يد العبد أو ما أشبه ذلك.

ولذا قال في مناهج المتقين: لو أتلف بعض المتصل من الوديعة، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب ضمن الجميع، نعم لو صدر ذلك منه خطأً ضمن ما أتلفه خاصة، ولو أتلف البعض المنفصل منها كما لو أتلف درهماً من صرة ضمن ما أتلفه خاصة دون الباقي، إلاّ أن يكون قد فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فإنه يضمنه لذلك ولا يزول ضمانه للبعض بإعادته إياه بل يحدث ضمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما مر.

(السادس عشر): لو مات أو جن أو نحوهما ووجد في تركته شيء مكتوب عليه أنه وديعة فلان، أو أنه وديعة للموقوفة الفلانية أو ما أشبه ذلك، أو وجد في دفتره أن الشيء وديعة فلان وكان الشيء موجوداً، أو أنه كان كاتباً فيه أن دراهم معدودة في أمواله وديعة لفلان، فيما قلنا بجواز التصرف في الوديعة لتبديلها على

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١٢.

ما هو الارتكاز على ما تقدم، فإن أفادت الكتابة الاطمينان العادي للوصي أو الوارث أو الحاكم بكونها وديعة لمن سمى له، سلمه إليه أو إلى ورثته بعد موته، وإلا لم يدفعه إليه إلاّ بعد الإثبات الشرعي لأنه لا اعتبار بالكتابة على ما ذكروه، ومثل الكتابة ما إذا كان قرأ وصيته في شريط أو نحو ذلك.

ولذا قال في مناهج المتقين: (لو مات ووجد في تركته شيء مكتوب عليه أنه وديعة فلان، أو وجد في دستوره أن الشيء وديعة فلان وكان الشيء موجوداً، فإن أفادت الكتابة العلم للوصي بكونها وديعة لمن سماه سلمه إليه، وإلا لم يدفعه إليه إلاّ بعد الإثبات الشرعي لأن الكتابة لا حجية فيها على الإطلاق).

ولو تردد الاسم بين نفرين فالمحكم قاعدة العدل.

ومنه يعلم حال ما إذا ادعى عليه بأنه أودعه الشيء الفلاني واستشهد بأنه كتبه بيده وأبدى المدعى عليه العذر في الكتابة بما لم يوجب الاطمئنان، مثلاً قال: كتبت حين أكرهني إليها، أو هي بيان المثال لتلاميذي أو ما أشبه ذلك، ولذا لا يكون مثل الاعتراف في الراديو والتلفزيون والشريط والتلفون حجة، إذ لعله ألجئ إلى ذلك، ومن هذه الجهة لا تعيرها المحاكم العالمية القانونية اهتماماً، نعم قد يعدونها من القرائن.

ومثل الوديعة فيما ذكرناه الإجارة والمضاربة والشركة والرهن والبيع والنكاح والطلاق وغيرها، ومثل موته والوجود في تركته ما إذا جن أو أغمي عليه أو نام نوماً مستمراً أو نحو ذلك ووجد في دستوره الكتابة المذكورة، لوحدة الملاك في الجميع.

(السابع عشر) لو ادعى عليه وديعة وعين كل علاماته وأنه وضعها في الصندوق الفلاني إلى غير ذلك، كما إذا قال: إن الشاة المودعة من صفتها كذا

وكذا والمستودع لا يعلم تلك الصفات، أو إني أودعته الجوهر الفلاني فوضعه في صندوقه الأحمر في زاويته الجنوبية ووضع فوقه قماشاً بلون كذا مثلاً، فإن أوجب العلم فهو، وإلا لا تكون تلك الصفات والعلامات إلاّ من القرائن.

وكذلك الحال لو ادعى أنه أودعه مصراعاً من مصراعي بابيه، أو فردة من فردتي حذائه، وكان بيده المصراع الثاني والفردة الثانية، إلى غير ذلك من القرائن العرفية.

ولو ادعى أن الشاة أو الدابة له وعلامة ذلك أنها إذا أطلقت من الاصطبل والمراح ونحوهما تأخذ طريق بيت المدعي، وفعلت الشاة والدابة ذلك، فإنها لا تكون إلا من القرائن، لا أنها توجب قبول قوله، إلاّ إذا أورثت العلم على ما عرفت.

(الثامن عشر): لو وكل المودع من يتسلم الوديعة من المستودع، سواء لإتيانها إلى المودع أو لأنه آجرها من إنسان أو باعها لإنسان أو نحو ذلك من سائر أقسام المعاملات، فطالبها الوكيل وامتنع المستودع من تسليمها إليه، فإن كان عدم التسليم من جهة عدم ثبوت الوكالة لم يضمن، وإن كان بعد ثبوت الوكالة وإنما لم يدفع اعتباطاً ضمن، أما إذا لم يطالبه الوكيل فالظاهر أن الوجب إعطاؤها له بعد علمه بعدم رضاء المودع أو المنتقل إليه بقاءها عنده.

ولو قال الموكل للوكيل: إني أطلب أحد الذين في المدرسة أو ما أشبه، وجاء ونادى الطلبة بوكالته، فاللازم إعلامه من المستودع بكونها عنده، وقد عرفت سابقاً أنه لا يلزم الإشهاد إلاّ إذا خاف من الإنكار فيلزم الإشهاد أو نحوه لبراءته.

ومنه يعلم موضع الرد والقبول في قول مناهج المتقين: لو وكل المودع من يسلم الوديعة من المستودع فطالبه الوكيل فامتنع هو من تسليمها إليه، فإن كان اقتراحاً ضمن، وإن كان لعدم ثبوت وكالته لم يضمن، ولو لم يطالبه الوكيل

لم يلزمه حملها إليه، نعم يلزم إعلامه الوكيل وكونها عنده إذا كان هو جاهلاً بذلك، ولا يلزمه الإشهاد عند التسليم على الأظهر، ولو أخر التسليم لأن يتمكن من الإشهاد ضمن في وجه.

(التاسع عشر): إذا أودعه الوديعة ثم طلبها منه، وشك في أنه على حاله الطبيعي أو لا، بأن صار سفيهاً أو معتوهاً، أو أنه في حالة السكر أو حالة الجنون أوما أشبه ذلك، لم يضمن بعدم التسليم إلى أن يتحقق، نعم يجب عليه التعجيل في التحقيق على ما تقدم في مسألة الفورية في الرد، وكذا يجب الإسراع في الاستشهاد ونحوه إذا خاف الإنكار.

(العشرون): إذا أودع عنده خاناً أو فندقاً أو دكاناً أو معملاً أو مصنعاً أو غير ذلك، لم يجز له التصرف فيها إلاّ بقدر الارتكاز، بمثل الصلاة فيها ونحوها، ولو أودع عنده ماءً لم يجز الغسل فيه أو الوضوء به أو ما أشبه ذلك لأنه تصرف، إلاّ إذا كان ارتكاز بالجواز، ولو أودع بستاناً فالظاهر أنه لا يضر أكل المارة منه حسب الموازين الشرعية، فلا يلزم حفظها عن ذلك، بل يجوز له أيضاً إذا مر على البستان أن يأكل منه حسب حق المارة.

(الواحد والعشرون): لو سرق المستودع من الوديعة في صندوق مقفل عنده، فإن كان الصندوق المقفل من المالك كان من السرقة الموجبة للحد، وإن كان الصندوق المقفل من نفسه لم يكن من السرقة لأنه لم يهتك حرز المودع، والمنصرف من هتك الحرز حرز المالك لا حرز المستودع.

(الثاني والعشرون): لو وضع عنده مصباحاً متوقداً، فقرأ في ضوئه أو عمل الأعمال المحتاجة إلى الضوء كالخياطة ونحوها لم يكن ذلك من التصرف في الوديعة في شيء، فلا يضمن بذلك، نعم الظاهر أن من التصرف إطفاء المصباح

ولو بالنفس كإضائته إذا لم يكن متوقداً.

(الثالث والعشرون): لو وكل العالم أن يأخذ خمسه ممن عنده ماله، فالظاهر أنه يكون وديعة عنده بالنسبة إلى الخمس، وكذلك حال توكيل الفقير ونحوهما في أخذ شيء من ماله الموجود عند وكيله فيما كان عين المال موجودة، ويكون حينئذ من الكلي في المعين.

(الرابع والعشرون): الاستيداع والإيداع يمكن أن يكون في عين شخصية، أو مشاعاً، أو كلياً في المعين، بل أو مردداً لمالك واحد، كما إذا قال زيد: أودعتك كتاب شرح اللمعة أو كتاب القوانين على سبيل الترديد، بناءً على صحة مثل ذلك كما لم نستبعده في بعض مباحث الفقه، خلافاً لغير واحد من الفقهاء، حيث أبطلوه شرعاً، أو أحالوه عقلاً، وكذلك إذا كان الشيء مردداً بين مالكين فقالا: أودعناك، فإنها تصح وديعة وإن لم يعلم أنها مودعة من هذا أو هذا، وإذا قال أحدهما ذلك وتسلمه المستودع وكان القائل المالك واقعاً صار وديعة، وإلا فلا.

(الخامس والعشرون): لو خيره المكرِه بين إعطائه مال نفسه أو مال الوديعة، فأعطاها لم يستبعد عدم الضمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلي إكراه على كل فرد منه، نعم إذا كان ماله أقل من مال الوديعة وأعطى مال الوديعة ضمن التفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً في قدر التفاوت.

ومثله إذا كانت الوديعة مائة وأكرهها المكره بتسليمها له وكان يكتفي بتسليم البعض كالخمسين والستين مثلاً، فسلم الكل كان ضامناً للتفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً في ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا كان له شاة وللمودع بقرة فأراد أحدهما المكره، فسلم البقرة ضمن قدر التفاوت بينهما لمالك البقرة.

(السادس والعشرون): إذا سفه أحد الطرفين أو فلس، كان مقتضى القاعدة بطلان عقد الوديعة، لانتقال ولاية المال من المالك إلى وليه في السفه، وإلى الغرماء في الفلس، وليست الوديعة لازمة حتى لا يؤثر السفه والفلس فيه، بل عقد جائز، ولذا اتفقوا على بطلانها بالجنون والموت ونحوهما، ولانقطاع المستودع من الولاية على مال نفسه فكيف بمال غيره.

لكن ربما احتمل العدم، لأن العقد أوجب ذلك، فإذا شك حيث لا دليل على البطلان كان الأصل البقاء، منتهى الأمر إذا لم يجز له التصرف تصرف فيها وليه.

قال في المناهل: (صرح في التنقيح ببطلان عقد الوديعة أيضاً بسفه أحدهما وإفلاسه، وعندي فيه إشكال، واحتمال عدم البطلان في غاية القوة للأصل السليم عن المعارض، ولكن مراعاة الاحتياط أولى)، انتهى.

لكن ما صرح به التنقيح أقرب إلى الصناعة.

(السابع والعشرون): صرح في التذكرة بأنه لو قال المالك: أودعتك كذا فإن خنث ثم تركت الخيانة عدت أميناً لي، فخان وضمن ثم ترك الخيانة لم يعد أميناً.

واستدل على ذلك بأنه لا ضمان حينئذ حتى يسقط، لكن الظاهر مع الغض عما ذكرناه من أن الرجوع في الخيانة يوجب أحكام الأمانة وإن لم يصرح المالك، أن مثل هذا القول يقتضي عدم الضمان لأن المالك إذا رفع الضمان فلا وجه للضمان بعد عدم الدليل على ضمان شرعي غير الضمان المالكي.

ولذا قال في المناهل: هذه المسألة عندي في غاية الإشكال، فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها وإن كان احتمال عدم الضمان لا يخلو عن قوة.

(الثامن والعشرون): لو قبض من غيره مالاً فتلف من غير تعد منه ولا تفريط، فادعى القابض أنه كان وديعة، وادعى المالك أنه كان قرضاً، فمقتضى الصناعة أنه

من مورد التحالف، لأن القرض والوديعة أمران متقابلان، فليس بينهما الأقل والأكثر حتى يكون الأصل مع أحدهما.

ومنه يعلم حال العكس، بأن ادعى المالك الإيداع وادعى القابض الاستقراض، لكن في المقام رواية خاصة في إحدى الصورتين يجب القول بها، وهو خبر إسحاق بن عمار الذي وصفه بالصحة في المختلف والرياض، وعده بعض الأجلة من الموثق.

وقد رواه الكليني والشيخ والصدوق، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعة، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم إلاّ أن يقيم البينة أنها كانت وديعة»[1].

وفي المناهل: يعضد هذه ما أشار إليه بعض الأجلة قائلاً: روى الكليني والشيخ في الموثق عن إسحاق بن عمار أيضاً، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: ولكنها وديعة، فقال (عليه السلام): «القول قول صاحب المال مع يمينه»[2].

ولذا ذهب إلى ذلك النهاية والنافع والتذكرة والتبصرة والمختلف والتنقيح والرياض والإسكافي والحلي على ما حكي عن بعضهم، بل صرح بعضهم بالاتفاق عليه أو نفي الخلاف فيه.

أما الوجوه التي ذكروها لذلك فهي أقرب إلى الاعتبار، ولولا الدليل الخاص لكنا نقول بما ذكرناه سابقاً.

مثل ما حكي عن ابن إدريس من أنه قال: لأنه أقر بأن الشيء في يده أولاً

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٣٨ الباب ١٨ من كتاب الرهن ح١.

وادعى كونه أمانة، والرسول (صلى الله عليه وآله) قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1]، وهذا قد اعترف بالأخذ والقبض وادعى الوديعة وهي تسقط الحق الذي أقر به لصاحب المال فلا يقبل قوله في ذلك.

ومثل قول التذكرة: لأن المتشبث يزيل دعواه ما ثبت عليه من وجوب الضمان بالاستيلاء على مال الغير، فكان القول قول المالك.

ومثل ما عن التنقيح: من أن ذا اليد أقر بوصول المال إليه وهو محتمل الإقراض وعدمه كالاستيداع، ولا مرجح لأحد الاحتمالين، على أنه يدعي ما يزيل الضمان فعليه البينة ومع عدمها كان القول للمالك.

ومثل قول الرياض: بعموم «على اليد» الموجب لضمان ما أخذه، خرجت عنه الأمانة حيث تكون معلومة بالإجماع فتوى ورواية، وبقي الباقي يشمله عموم الرواية.

ومنه يظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال: (لو قبض من غيره مالاً فتلف من غير تعد منه ولا تفريط فادعى القابض أنه كان وديعة وادعى المالك أنه كان قرضاً، فالقول قول المالك بيمينه، نعم مع وجود العين له ردها إليه، ولو انعكس الفرض فادعى المالك الإيداع وادعى القابض الاستقراض فقيل يقدم قول المالك، ولو قلنا بتقديم قول القابض لإقراره بلزوم البدل عليه عند التلف من غير تفريط ولا تعد كان أحسن).

فإن فرعيه الأولين على ما عرفت، أما فرعه الثالث ففيه ما ذكرناه من أنه موضع التحالف ولا دليل مخرج عن ذلك، اللهم إلاّ أن يفهم المناط وهو غير

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٣ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١٢.

مقطوع.

ثم إنه يلحق بصورة التلف صورة عدم إمكان رد المال المفروض إلى صاحبه مع بقائه، كما لو ألقى في البحر أو اغتصبه الغاصب منه مع تقصيره في الأمر أو ما أشبه ذلك، كما صرح ببعض الفروع المذكورة في محكي النافع والتذكرة.

وفي المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، قال: وهو مقتضى إطلاق الرواية الثانية.

ثم إذا تمكن الودعي من رد عين المال المتنازع فيه إلى المالك، فعن الرياض أن القول قول الودعي قائلا: ويفهم من قوله إذا تعذر الرد أو تلف العين أن مع عدم التعذر القول قول الودعي ولا ريب فيه لأصالة عدم القرض، فله رد نفس العين، والخبر المتقدم صريح في التلف.

(التاسع والعشرون): المشهور بين الفقهاء أنه لو تصرف في الوديعة باكتساب ضمن وكان الربح للمالك، ومستنده رواية التهذيب والفقيه، عن مسمع، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثم إنه جائني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال (عليه السلام): «خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»[1].

قال في المختلف: إذا اتجر الودعي بالوديعة من غير إذن المالك كان ضامناً، والربح للمالك بأجمعه، قاله الشيخان وسلار وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم،

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٥ الباب ١٠ من كتاب الوديعة ح١.

وكذا قال ابن الجنيد، إلاّ أن أصحابنا أطلقوا، وابن الجنيد فصل.

وعن المراسم إنه قال: إن اتجر المستودع بمال الوديعة فعليه ما يخسر وللمودع الربح.

وقد أشكل الخونساري في جامع المدارك على المشهور قائلاً: إن قولهم مشكل بحسب القواعد، حيث إن التجارة إن كانت بعين الوديعة فهي معاملة فضولية إن أمضاها المالك صحت وإن ردها بطلت، فما يظهر منه الصحة بدون حاجة إلى الإمضاء مشكل، وإن كانت بالكلي في الذمة مع دفع الوديعة عما في الذمة فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الإمكان وغرامة المثل أو القيمة مع عدم الإمكان وكون الربح للودعي إلاّ أن تستشكل في صحة مثل هذه التجارة بقصد أداء ما في الذمة، وإن كان المالك أذن في التصرف مع الضمان فمقتضى القاعدة صحة التجارة وكون الربح للودعي التاجر ولا مجال للشبهة من جهة قصد أداء ما في الذمة بمال الغير. أما الرواية [1] فيمكن أن يكون أمر الإمام (عليه السلام) بالأخذ أمراً بإمضاء المعاملات الواقعة وإعطاء النصف إياه إحساناً إليه مع وقوع التجارة بالعين، وأمر بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمة من باب قبول الإحسان الواقع من طرف الودعي).

لكن لا يبعد أن تكون الرواية على طبق القاعدة حيث إن الربح حصيلة المال والعمل حتى فيما إذا باع كلياً وأعطى العين من باب الوفاء، فإن العرف يرون الربح منهما كما هو الحقيقة، ومثله مقسم بينهما، وكأن الربح في ذلك الزمان في المضاربة كان بالنصف وإلا فمقتضى ما يراه العرف التقسيم بينهما حسب الموازين

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٥ الباب ١٠ من كتاب الوديعة ح١.

الاقتصادية بالنسبة، من الثلث أو النصف أو غيرهما كما ذكرنا فيكتاب الاقتصاد.

وحيث كان الأمر على حسب القاعدة لا فرق بين الوديعة والغصب والعارية ونحوها، بخلاف ما إذا قلنا إنه تخصيص للقاعدة بدليل خاص ولم يفهم الملاك، هذا حسب ما يراه العرف، أما حسب الصناعة فلا يبعد ما ذكره جامع المدارك وغيره، وقد فصل الكلام فيه في المناهل تفصيلاً فمن شاء راجعه.

ومنه يعلم الكلام فيما ذكره مناهج المتقين، حيث قال: (لو تصرف المستودع في الوديعة واتجر بها بغير إذن المالك ضمنها، ثم الأقوى أنه إن وقعت المعاملة على العين المودعة كانت موقوفة على إجازة المودع، فإن أجاز صحت المعاملة وكان الربح كله للمالك ولا شيء منه للمستودع، وإن رد فسد البيع، وإن اشترى في الذمة ودفع الوديعة وفاءً صحت المعاملة وكان الربح كله للمستودع، وعليه بدل الوديعة من مثل أو قيمة وهو آثم، ولا فرق في ذلك كله بين كون الوديعة لكامل أو قاصر).

(الثلاثون): لو رد الودعي المال قائلاً: هذا مالك وإنما هزل الحيوان أو تفه طعم الخل أو تغير لون القماش أو ما أشبه ذلك من غير تعد أو تفريط، قبل قوله لأنه أمين على ما عرفت، والظاهر أنه إن قال المالك: هذا ليس مالي وإنما كان مالي غيره، يقبل قول الأمين أيضاً لما تقدم، واحتمال الاحتياج إلى البينة لا وجه له.

وإن قطع المالك بأنه ليس ماله جاز له الأخذ منه من باب التقاص عن ماله، ثم إن حلف المستودع فلا شيء للمالك، وإلا كان له التقاص من المستودع من مال آخر بقدر التفاوت بين المعطى له وبين ماله إن كان بينهما تفاوت.

(الواحد والثلاثون): إذا قال الودعي: إن أحد هذين الشيئين هو مالك والآخر

مالي ولا أعلم التعيين، فإن تساويا أخذ كل واحد واحداً من باب الشركة أو ما أشبه، وإن اختلفا فالظاهر أن التفاوت بينهما لقاعدة العدل، وكذا الحال إن قال: أحدهما لك والآخر لإنسان آخر أو موقوفة أو ما أشبه ذلك.

(الثاني والثلاثون): قد تبين مما تقدم أنهما لو اختلفا في أنه وديعة عنده أو إجارة أو ما أشبه ذلك كان اللازم التحالف، وقد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن الملاحظ في النزاع المصب لا المآل، فكون الإجارة توجب اشتغال ذمة الآخذ بخلاف الوديعة والأصل عدم اشتغالها، لا يوجب تقديم الوديعة على الإجارة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا قال أحدهما: إن الأمة مستأجرة، وقال الآخر: منكوحة لمن بيده الآن.

(الثالث والثلاثون): لو طلب المودع الأمانة فقال المستودع: أخذتها تقاصاً، كان عليه إثبات حق له على المودع أنكره المودع حتى اضطر إلى التقاص، فإن لم يتمكن من إثبات أحد الادعاءين كان عليه ردها إليه، وكذلك إذا قال: صرفتها على زوجتك أو سائر واجبي النفقة لأنك لم تكن تصرف عليهم فاستأذنت الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين، أو فعلت ذلك بدونهما لعدم وصول يدي إلى أي منهما.

(الرابع والثلاثون): لو لم يسلم المستودع المال وتلف المال، ولما ادعى عليه المودع عند الحاكم قال: ما سلمتك لأنك كنت تريد المعصية بها بإنفاقها في شرب الخمر أو لعب القمار أو أجر الفاحشة أو وطي الحيوان فيما إذا كان الحيوان مستودعاً عنده أو ما أشبه، فهل يقبل قوله لأنه أمين، أو لا لأنه ادعاء، لا يبعد الأول، وإن كان ظاهرهم حسب ما تقدم في بعض المسائل السابقة العدم، وسبيل الاحتياط واضح.

ومنه يعلم الحال فيما إذا لم يعطه وادعى أنه في وقت طلبه كان مجنوناً أو سكراناً أو سفيهاً أو مفلساً أو ما أشبه ذلك، مما إذا ثبت كان للمستودع الحق في عدم رده، وكذلك إذا ادعى أنك كنت غير بالغ أو غير رشيد وقت الطلب فيما إذا كان المال مودعاً عنده من مورثه.

(الخامس والثلاثون): الظاهر أنه إذا ادعى الوارث على المستودع المال، فقال: رددت إلى مورثك، سمع كلامه بيمينه لأنه أمين كما عرفت، وهذا هو المشهور بين الأصحاب، بل عن ابن إدريس ادعاء الإجماع عليه، وفي جامع الشتات: الظاهر أنه لا خلاف فيه إلاّ من العلامة في المختلف في كتاب الوكالة حيث أشكل على ذلك، لكنه بعد ذلك قوى القبول.

وعن ابن فهد في المهذب البارع: الإجماع عليه أيضاً، فإنه قال في كتاب الوكالة: (الأمناء على ثلاثة أقسام:

الأول: من يقبل قوله في الرد إجماعاً، وضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله في ردها حذراً من مقابلة الإحسان بالإساءة وكالمستودع، واستشكل العلامة من حيث إن الأصل عدم الرد وهو قادر، وجزم في كتاب فتواه بموافقة الأصحاب.

والثاني: مقابله، وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمسترهن والمستأجر.

الثالث: من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض، كالمضارب والوكيل بجعل، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك، ومن غلب جانب الأمانة اعتبر قول العامل، وعن ابن مفلح أيضاً دعوى الإجماع عليه).

لكن لا يخفى

أن ضابط ابن فهد غالبي، فقد يودع المودع المال عند المستودع لنفعه لا لنفع المالك، والعمدة ما عرفت من أنه أمين.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم الإلماع إليه من قوله سبحانه: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1] و ﴿هل جزاء الإحسان إلاّ الإحسان﴾[2] ونحوهما، ولا يقال إن الحلف على الأمين سبيل عليه لانصراف السبيل عن مثله.

ثم قال المحقق القمي: (الظاهر أنه لاخلاف أيضاً في أن الدعوى من المستودع في الرد على وكيل المودع أيضاً مثل دعواه الرد على الموكل) وهو كما ذكره لإطلاق الدليل، فكل واحد من الوكيل والموكل أن أخذ من أحدهما ورد إلى الآخر أو من وكيل ورد على وكيل آخر قبل دعواه فيه.

أما قوله بعد ذلك: (أما لو أدعى المستودع الرد على وارث المودع احتاج إلى البينة لأن الوارث لم يجعله أميناً)، فقد عرفت في السابق ما فيه من أنه لا فرق بين الوارث والمورث والمعطي لوليه بعد أن جن أو ما أشبه، لأن ظاهر الدليل العموم ولو بالملاك.

(السادس والثلاثون): لو مات المورث وله وارثان ادعى أحدهما أنه إجارة، وقال الآخر إنه قرض، وقال من عنده إنها وديعة، فالظاهر كفاية يمين واحدة فيما إذا وصل الأمر إلى اليمين، إذ لا وجه لتعدد اليمين بعد الإطلاق الشامل للمقام، وكذا في أمثاله.

(السابع والثلاثون): إذا أودع عنده أرضاً فلا حق للزوجة في التنازع معه، إذ لا حصة له منها، وكذلك لا حق لسائر الأولاد في التنازع مع المستودع في

---

(١) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٢) سورة الرحمن: الآية ٦٠.

الحبوة، فإن طرفه فيها هو الولد الأكبر فقط، كما تقدم مثله.

(الثامن والثلاثون): لو قال المستودع: إن الشيء نصفان نصفه وديعة ونصفه إجارة أو قرض مثلاً، كان لكل نصف حكمه، إذ وحدة الشيء لا يوجب وحدة العقد عليه، كما أن تعدده لا يوجب تعدد العقد عليه.

(التاسع والثلاثون): لو أودع عنده شيئين فربما يجعلهما وديعتين، كنكاحين في صيغة واحدة، وربما يجعلهما وديعة واحدة، والأحكام في الوحدة والاثنينية تابعة لهما، وقد ذكرنا في بعض المباحث إمكان أن يجعل لبضاعتين بيعين في صيغة واحدة، وأن يجعل لهما بيعاً واحداً، وتظهر الثمرة في الخيار ونحوه، نعم في باب النكاح والطلاق لا يمكن جعل نكاح واحد لامرأتين، وكذلك بالنسبة إلى الطلاق والخلع ونحوهما.

(الأربعون): إذا طير الريح الثوب إلى داره، أو جاء بالأمتعة أو الأواني السيل إليه، أو هرب حيوان كالشاة والغزال ونحوهما ودخلا بيته، أو ألقى اللص بضاعة الناس إلى محله، أو جاء حيوان بفريسته المملوكة أو بالمطاردة نحوه، إلى غير ذلك، لم تكن أمانة مالكية ولا شرعية، أما الأول فلعدم استئمان المالك له، وأما الثاني فلأنه لا دليل على استئمان الشارع له، اللهم إلاّ إذا كان من الأهمية بحيث يجبره الشارع عليه، نعم إذا أخذها صارت أمانة شرعية لها أحكامها.

وقد مثل العلامة في القواعد بالمثال الأول فقال في أثناء كلامه: (إذا انفسخت الوديعة بقيت أمانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح إلى داره ويجب عليه إعلام صاحبه، فإن أخر متمكناً ضمن)، وقد عرفت وجه النظر فيه، ولذا حكى الشهيد عن الفخر أنه لا يضمن إذا أخر متمكناً إلاّ مع التصرف، وهو مقتضى القاعدة، فإن دليل تسلط الناس على أنفسهم حاكم على ما ذكره العلامة.

(الواحد والأربعون): قال في القواعد: ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل، كقوله عندي ثوب وله أثواب ضمن. وفي مفتاح الكرامة: هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين وخيرة المفاتيح في الأول وظاهر المبسوط في الثاني.

أقول: فيه نظر وهو أنه ليس الوصية إلى فاسق موجباً للضمان مطلقاً، وإنما يكون موجباً للضمان إذا كان تضييعاً، وكذلك بالنسبة إلى العادل الكثير النسيان ونحوه، فالمعيار أن يكون تضييعاً وخيانة أو لا، بل كذلك الحال فيما أوصى إلى عادل غير كثير النسيان لكنه لا يتمكن من التنفيذ لضعفه أو لاستيلاء الأعداء عليه أو ما أشبه ذلك.

ولذا علل الحكم في مفتاح الكرامة بأن الوصية إلى الفاسق تزيد في التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة.

ومنه يعلم لزوم تغيير الوصية إذا أوصى إلى عادل قوي ثم انقلب إلى فاسق مستهتر أو ضعيف أو ما أشبه ذلك، كما أنه لو أوصى إلى الفاسق والضعيف فانقلبا إلى عادل قوي كفى، إذ الوصية من باب الأمانة فكلما تحققت صحت.

كما يعلم أنه إذا لم يكف الواحد لزم الوصية إلى اثنين متعاونين، أو لكل بعض الوديعة.

كما أنه إذا أضر الاثنان بالتنازع ونحوه لزم الوصية إلى واحد.

(الثاني والأربعون): لو أودع عنده النقود الورقية فتغيرت الحكومة بما أوجب سقوط مالية الورق وجب عليه تبديلها، وإلاّ كان ضامناً لأنه خيانة وخلاف الحفظ والأمانة، نعم إن صرح بعدم التبديل لم يكن عليه شيء، وربما يريد بقاءها لتكون في المستقبل ذات قيمة لأنها ستكون من الآثار العتيقة، وكذا حال ما إذا قلّت قيمة الأوراق قلة كبيرة ونحوها، كما يقع مثل ذلك في حالة الحرب ونحوها.

(الثالث والأربعون): لو أودع عنده البضاعة فأخذت في التترل، فإن كان الارتكاز على التبديل بدل، وإلا لم يهم ذلك.

(الرابع والأربعون): لو أودع عنده البضاعة في محل التترل، فنقلها إلى محل التضخم لم يكن به بأس إذا كان الارتكاز على ذلك، أما العكس فلا لأن الارتكاز على الخلاف، وعلى أي حال فالمعيار على الارتكاز.

(الخامس والأربعون): لو كان الظالم يأخذ بضاعة خاصة دون غيرها ودون النقد، وكانت الوديعة من تلك البضاعة الخاصة، فالظاهر أنه يلزم عليه تبديلها إلى النقد، لأنه الارتكاز الغالب، لا إلى بضاعة أخرى.

(السادس والأربعون): لو أودع الكافر عند مثله مثل الخمر والختزير فأسلم المستودع، وجب عليه ردها إلى المالك، إذ عدم صحة التملك عنده لا يوجب سقوط حكم الوديعة، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الرهن، وكذا إذا أودع المخالف لمخالف مثله نبيذاً أو ما أشبه فاستبصر المستودع، أما إذا استبصر في المسألتين المودع فالظاهر سقوط الوديعة عن المالية فلا يجب عليه الرد، فتأمل.

(السابع والأربعون): لو أودع عنده طنبوراً أو صليباً أو ما أشبه، فالظاهر وجوب كسره أو تفكيكه ورد الأجزاء للمودع، جمعاً بين الدليلين.

(الثامن والأربعون): لو تمكن من أخذ الحوالة وحمل النقد، فإن كان الطريق أمناً لم يضمن وإلا ضمن إذا لم يأخذ الحوالة وحمل النقد، لأنه خلاف العمل بمقتضى الأمانة.

(التاسع والأربعون): لا يخفى أن اليد في الشرع على قسمين: يد قهر وعدوان، ويد أمانة واستئمان، فيد القهر كيد الغاصب الظالم الآثم، ويد الاستئمان على قسمين: أمانة مالكية، فيما إذا فوض المالك أو نحوه كوكيله ووليه ووصيه وما

أشبه، وأمانة شرعية، وهي الشيء الذي يقع في يد الإنسان بدون استئمان المالك ومن قام مقامه.

وقد عرّف الأمانة الشرعية الروضة والكفاية وغيرهما بأنها ما أذن في الاستيلاء عليها شرعاً و لم يأذن فيها المالك.

ثم إن الأمانة الشرعية قد تكون مع كره المالك، وقد تكون بدونه، فالأول كما إذا أمره الشارع بأخذ المال من يده لأنه يريد فعل المنكر به، كما تقدم في بعض الفروع السابقة أمثلة له، فيأخذه منه من باب النهي عن المنكر، وحينئذ تكون أمانة بيده، والثاني واضح.

وعن المهذب البارع وإيضاح النافع أن الأمانة على قسمين: خاصة وعامة، فالخاصة كل عين حصلت في يد غير مالكها بإذنه أو بغير إذنه ثم أخبر و لم يطلبها، أو أقره الشارع على إمساكها، كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة والعين المرهونة والمستأجرة والموكل عليها والعين التي هو وصي عليها، ويدخل فيها العين المقبوضة بالسوم.

قال في محكي المهذب ما معناه: إنه زيد ما أقره الشارع على إمساكها، ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الإسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث، فإن الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج، فهي في يده إلى وقت الاستيجار غير مضمونة، وليدخل فيه أيضاً اللقطة فإنها في يد الملتقط لا بإذن المالك، بل الشارع أقر يده عليها للاحتفاظ.

وفسره مفتاح الكرامة بأن مراده أن هاتين تدخلان في تعريف الأمانة الشرعية، وقضيتها أن لا تقر يدهما عليهما، فوجب أن يزاد ذلك لإدخالهما في الخاصة، لإمكان التوافيق في الحكم، قالا: وأما العامة فهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدي

كالثوب يطيره الريح إلى دار إنسان، وكالوديعة إذا مات مالكها و لم يعلم الوارث، وكالعين المأمور بدفعها إلى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من لا يعلم، ولو كان الموصى له معيناً وعلم به كان أمانة خاصة.

ثم إن حكم الأمانة الخاصة أنه لا يجب دفعها إلاّ مع الطلب أو انتهاء المدة، فلو تلفت قبله لم يضمن، وحكم الأمانة العامة وجوب الدفع على الفور العرفي على ما تقدم في بعض المسائل السابقة، ويشتركان في الضمان مع التعدي والتفريط.

وقد اختلفوا في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة، فقد عد أبو علي والشيخ في المبسوط والمقداد على المحكي عنهم كونها من الأمانة الشرعية، لكن الأكثرون على خلاف ذلك، وأنها من الأمانة المالكية.

ومقتضى القاعدة التفصيل بين الارتكاز من المالك فمن الثاني، وعدم الارتكاز فمن الأول.

ويدخل في الأمانة الشرعية ما ينتزع من الغاصب أو السارق حسبة دون ما يستودعه إياه عند المشهور، فإنه عندهم لقطة في وجوب التعريف والتصدق، كما تقدم الكلام في ذلك.

كما أن المال المجهول المالك من الأمانات الشرعية التي يجب ردها إلى مالكها أو التصدق بها، وهو ما يحصل في يد الإنسان من مالكه أو ما يقوم مقامه ثم يجهله، أو يكون مجهول المالك من أول الأمر، كما إذا كان الإنسان مع إنسان في فندق أو خان أو قافلة أو نحو ذلك ثم ذهب وبقي متاعه عند هذا الإنسان من باب الغفلة أو الخطأ أو مطاردة الظالم ذلك الإنسان المالك، أو ما أشبه ذلك على ما ذكرنا تفصيله في كتاب اللقطة.

قال في مفتاح الكرامة: ومن الأمانة الشرعية ومجهول المالك ما يقع الاشتباه فيه من النعال في الزيارات والحمامات، ويشبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم

مما علم أنه حرام ولا يعلم صاحبه مما لا يجدي تعريفه لأن الإنسان لا يتمكن من الوصول إلى مالكه أو من قام مقامه، وفي خبر يونس قال (عليه السلام): «كيف تعرفه و لم تعرف بلده»[1].

كما أن من الأمانة الشرعية العامة اللقطة مع ظهور المالك قبل إيصالها إليه إيصالا حسب الموازين، والهدايا والكتب المرسلة، والمراد الهدايا التي لا يعرف أصحابها مثل الظروف التي ترسل إلى الإنسان وفيها الطعام، وكذلك الكتب المرسلة إلى الإنسان ويراد جوابها عليها ولا يعرف مالكها.

ومنها الصيد المنتزع من المحرم، أو مُحلّ أخذه من محرم، فإنه يجب رده فوراً عرفياً إلى الحرم، وكذلك تخليص الصيد من الجارح ليداويه، ومن الشبكة في الحرم.

ومنها أيضاً ما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه، فهو أمانة شرعية حتى يباع أو يأخذه بدلاً من جنسه، لأنه يجوز في التقاص كلا الأمرين، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير، وما كسبه من قمار، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما من باب الإحسان، سواء كان الأخذ واجباً أو مستحباً، وكذلك ما يتسلمه منهما نسياناً، وكذلك حال ما يأخذه من حيوان.

وما بطل من الأمانة المالكية بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه، وما إذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع وبدونه أو سفه على ما تقدم في بعض الفروع السابقة كلها تصبح أمانة شرعية.

ثم إن الأمانة الشرعية يجب دفعها إلى مالكها فوراً عرفياً إن علم به، وإلا فإلى من قام مقامه من الفقراء أو الحاكم، وذلك لدليل على اليد[2] ونحوه، ولا يجوز له تركه في العراء ونحوها

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٥٧ الباب ٧ من كتاب اللقطة ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح١.

لأنه من الخيانة والتضييع وخلاف دليل اليد.

ومما تقدم من معيار الارتكاز ظهر أن ما قبض بالعقد الفاسد من بيع وصلح ونحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحيحها إن كان الارتكاز يكون أمانة مالكية، وإلا يكون أمانة شرعية.

ومثل ذلك ما لو بطلت الشركة أو المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المزارعة أو المساقاة أو نحو ذلك.

ومثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلاً بالغصب أو ناسياً له أو نحو ذلك.

وكذلك حال ما لو دفع إليه المستودع ثوب نفسه بظن أنه ثوب المودع، وإذا دفع المستأجر شيء نفسه إلى الموجر بزعم أنه شيء الموجر.

ثم الرد في الأمانة المالكية حسب الارتكاز، أما في الأمانة الشرعية فاللازم إما الرد فوراً عرفياً أو الإعلام، لأن الشارع لم يأذن إلاّ بقدر، والمفروض عدم إذن المالك، وإنما يقوم الإعلام مقام الرد لأنه يخرجه عن الخيانة ونحوها، فإذا أعلم وطلبه مالكه أعطاه.

ثم إن الأمانة الشرعية حالها حال الأمانة المالكية يلزم إيصالها إلى المالك حسب ارتكاز المالك في رضاه البقاء عنده أو ردها فوراً عرفياً، فإن علم بالأول فله التأخير، وإلا لزم الرد فوراً لأن البقاء بدون رضا المالك سواء علم أو لم يعلم المالك غصب، وخلاف دليل السلطنة وغيرهما.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامة عن جماعة من الفقهاء قال: (إنه قيد ذلك في المهذب وإيضاح النافع بعدم علم المالك، وقضيته أنه إذا علم لا يجب عليه نقله، وهو قضية الكتاب فيما يأتي، والسرائر والحواشي وجامع المقاصد ومجمع

البرهان، وبه صرح في التذكرة في مقام آخر، بل هذا المقام من لوازم المقام الثاني).

لكن قال في المسالك: (إنه لا فرق عندنا بين علم المالك بأنها عنده وعدمه).

وإذا لم يعلم المالك بوجودها عنده لزم إما الرد فوراً أو الإعلام فيما إذا احتمل ارتكاز المالك بجواز بقائه عنده، وإن لم يحتمل لزم الرد فوراً، فإن الإعلام لا خصوصية له.

وقد استجود المقدس الأردبيلي في محكي كلامه قولهم بوجوب الإعلام في الأمانة الشرعية وقال: (إن القول بوجوب الرد بل بجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل، لأنه تسليط الغير على مال الغير بغير إذن، فيمكن القول بالضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير، وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف، بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه).

لكن الإرسال بسبب الثقة أوغير الثقة مسألة أخرى كما هو واضح.

وما في مفتاح الكرامة من أن فحوى الحال يقتضي بأن المالك يرضى بالبعث مع كل من كان، ولهذا كان متداولاً بين المسلمين في العواري والودائع ولا يلزمون ردها مع خصوص الثقة أو مع من أرسله معه الدافع، غير ظاهر فأية سيرة في الإرسال مع غير الثقة.

(الخمسون): في بعض الروايات الدالة على كراهة ائتمان شارب الخمر وإبضاعه، بل كل سفيه وفاعل محرم إذا استفيد الملاك من هذه الروايات، كما يكره استئمان غير الأمين:

فعن حريز، قال: كانت لإسماعيل بن أبي عبد الله (عليه السلام) دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبة إن فلاناً يريد الخروج إلى

اليمن وعندي كذا وكذا دينار، أفترى أن أدفعها إليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «يا بني أما بلغك أنه يشرب الخمر»، فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: «يا بني لا تفعل»، فعصى إسماعيل أباه ودفع إليه دنانيره فاستهلكها و لم يأته بشيء منها. فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله (عليه السلام) حج وحج إسماعيل تلك السنة، فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم أجرني واخلف علي، فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام) فهمزه بيده من خلفه وقال له: «يا بني فلا والله ما لك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته»، فقال إسماعيل: يا أبة إني لم أره يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون، فقال: «يا بني إن الله عزوجل يقول في كتابه: ﴿يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين﴾ يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، إن الله عزوجل يقول في كتابه: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ وأي سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يُزوَّج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه»[1].

وعن أبي الجاورد، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «إذا حدثتكم بشيء فاسألوني عن كتاب الله»، ثم قال في حديثه: «إن الله نهى عن القيل والقال وفساد المال وكثرة السؤال»، فقالوا: يا بن رسول الله وأين هذا من كتاب الله، فقال: «إن الله عزوجل يقول في كتابه: ﴿لا خير في كثير من نجواهم﴾ الآية، وقال: ﴿ولا تؤتوا السفهاء

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٠ الباب ٦ من الوديعة ح١.

أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾، وقال: ﴿لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾[1] .

وعن أبي الربيع، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال النبي (صلى الله عليه وآله): «من ائتمن شارب الخمر على أمانة بعد علمه فليس له على الله ضمان ولا أجر له ولا خلف»[2].

وعن مسعدة بن زياد، قال: سمعت أبا الحسن موسى (عليه السلام) يقول لأبيه (عليه السلام): «يا أبة إن فلاناً يريد اليمن أفلا أزوده بمال ليشتري لي بها عصب اليمن»، فقال: «يا بني لا تفعل»، فقال: «و لم»، قال: «لأنها إن ذهبت لم تؤجر عليها و لم تخلف عليك لأن الله عزوجل يقول: ﴿ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾ وأي سفيه أسفه بعد النساء من شارب الخمر، يا بني إن أبي حدثني عن آبائه (عليهم السلام)، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «من ائتمن غير أمين فليس له على الله ضمان لأنه قد نهاه الله عزوجل أن يأتمنه»[3].

وعن الراوندي روايته نحوه، إلاّ أنه قال في أوله: «من ائتمن شارب الخمر فليس له على الله ضمان»[4].

وعن زيد النرسي في أصله، قال: سمعت أبا الحسن موسى (عليه السلام) يقول: قال أبي جعفر (عليه السلام): «يا بني إن من ائتمن شارب خمر على أمانة فلم يؤدها إليه لم يكن له على الله ضمان ولا أجر ولا خلف، ثم إن ذهب فيدعو الله عليه لم يستجب الله دعاءه»[5].

وعن حماد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «فيمن شرب الخمر بعد أن حرمها الله على

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٠ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح١ و٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٠ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣١ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح٤

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٣١ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح٥.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح١.

لسان نبيه (صلى الله عليه وآله) ليس بأهل أن يزوج إذا خطب، وأن يصدق إذا حدث، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فأهلكها أو ضيعها فليس للذي ائتمنه أن يأجره الله ولا يخلف عليه».

وقال أبو عبد الله (عليه السلام): «إني أردت أن أستبضع بضاعة إلى اليمن فأتيت أبا جعفر (عليه السلام) فقلت: إني أردت أن أستبضع فلاناً، فقال لي: أما علمت أنه يشرب الخمر، فقلت: قد بلغني عن المؤمنين أنهم يقولون ذلك، فقال: صدقهم فإن الله عزوجل يقول: ﴿يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين﴾.

ثم قال: «إنك إن استبضعته فهلكت أو ضاعت فليس على الله أن يأجرك ولا يخلف عليك، فقلت: ولم، قال: لأن الله تعالى يقول: ﴿ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾ وهل سفيه أسفه من شارب الخمر، إن العبد لا يزال في فسحة من ربه ما لم يشرب الخمر، فإذا شربها خرق الله عليه سرباله، فكان ولده وأخوه وسمعه وبصره ويده ورجله إبليس يسوقه إلى كل شر ويصرفه عن كل خير»[1].

وعن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ قال: «من لا يثق به»[2].

وعن إبراهيم بن عبد الحميد، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن هذه الآية: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ قال: «كل من يشرب المسكر فهو سفيه»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن الحسن بن علي (عليه السلام)، أنه كتب إلى معاوية كتاباً يقرّعه فيه ويبكّته بأمور صنعها، كان فيه: «ثم ولّيت ابنك وهو غلام كان يشرب الشراب ويلهو بالكلاب، فخُنت أمانتك وأخربت رعيتك ولم تؤد نصيحة ربك، فكيف تولي

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٤.

على أمة محمد (صلى الله عليه وآله) من يشرب المسكر وشارب الخمر المسكر من المنافقين والفاسقين، وشارب الخمر المسكر من الأشرار ليس بأمين على درهم فكيف على الأمة»[1].

وعن الرضوي (عليه السلام): «وإياك أن تزوج شارب الخمر» إلى أن قال: «ولا تأمنه على شيء من مالك، فإن ائتمنته فليس لك على الله ضمان»[2].

وعن علي بن إبراهيم في تفسيره، عن أبي الجارود، عن أبي جعفر (عليه السلام) في قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾: «فالسفهاء النساء والولد، إذا علم الرجل أن امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لم ينبغ له أن يسلط أحداً منهما على ماله الذي جعل الله له قياماً يقول له معاشاً»[3].

وعن أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبيد الله كذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخيانة إذا ائتمن، ثم ائتمنه على أمانة كان حقاً على الله أن يبتليه فيها ثم لا يخلف عليه ولا يأجر»[4].

وعن الآمدي في الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «ثلاثة مهلكة: الجرأة على السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم»[5].

وقال (عليه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان»[6].

وعنه (عليه السلام) أيضاً أنه قال: «أد الأمانة إذا ائتمنت، ولا تتهم غيرك إذا ائتمنته، فإنه لا إيمان لمن لا أمانة له»[7].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٥.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٦.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح٧.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح٢.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح٣.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح١.

(٧) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٧.

ثم الظاهر إنه يستحب ختم الشيء بخاتم العقيق إذا أريد حفظه.

فعن زيد الزراد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «يا جارية اختمي على السفط بخاتمي العقيق فإنه لا يزال محفوظاً حتى تؤدى إلينا وديعتنا»[1].

وننقل في تتمة الكلام رواية رواها ابن شهر آشوب وغيره بالنسبة إلى الودائع التي كانت تودع عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) وافترى عليه وكشف الافتراء علي (عليه السلام) بتفريق الشهود:

وهي أن عمير بن وائل الثقفي أمره حنظلة بن أبي سفيان أن يدعي على علي (عليه السلام) ثمانين مثقالاً من الذهب وديعة عند محمد (صلى الله عليه وآله) وأنه هرب من مكة وأنت وكيله، فإن طلب بينة من الشهود فنحن معشر قريش نشهد عليه، وأعطوه على ذلك مائة مثقال من الذهب منها قلادة عشرة مثاقيل لهند. فجاء وادعى على علي (عليه السلام) فاعتبر الودائع كلها ورأى عليها أسامي أصحابها ولم يكن لما ذكره عمير خبر، فنصح له نصحاً كثيراً، فقال: إن لي من يشهد بذلك وهو أبو جهل وعكرمة وعقبة بن أبي معيط وأبو سفيان وحنظلة، فقال (عليه السلام): مكيدة تعود على من دبرها، ثم أمر الشهود أن يقعدوا في الكعبة، ثم قال لعمير: يا أخا ثقيف أخبرني الآن حين دفعت وديعتك هذه إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أي الأوقات كان، قال: ضحوة نهار، فأخذها بيده ودفعها إلى عبده، ثم استدعى بأبي جهل فسأله عن ذلك، قال: ما يلزمني ذلك، ثم استدعى بأبي سفيان وسأله، فقال: دفعها عند غروب الشمس، وأخذها من يده وتركها في كمه، ثم استدعى حنظلة فسأله عن ذلك فقال: كان وقت وقوف الشمس في كبد السماء

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح٧ و٦.

وتركها بين يديه إلى وقت انصرافه، ثم استدعى بعقبة وسأله عن ذلك، فقال: تسلمها بيده وأنفذها في الحال إلى داره وكان وقت العصر، ثم استدعى بعكرمة وسأله عن ذلك، فقال: كان بزوغ الشمس أخذها فأنفذها من ساعته إلى بيت فاطمة (عليها السلام)، ثم أقبل على عمير وقال له: أراك قد اصفر لونك وتغيرت أحوالك، قال: أقول الحق ولا يفلح غادر، وبيت الله ما كان لي عند محمد (صلى الله عليه وآله) وديعة وأنهما حملاني على ذلك، وهذه دنانير وعقد هند عليها اسمها مكتوب[١].

ويستفاد من هذه الرواية عدة أحكام شرعية:

الأول: صحة تقبل المسلم وديعة الكافر.

الثاني: قبول شهادة الكافر على المسلم فيما إذا أودع عنده، وإلا فلا يمكن أن يقال للكافر أئت بالمسلمين يشهدون لك فيما إذا لم يكن المسلمون متوفرين.

الثالث: جواز وجود الشهود الأكثر من اثنين.

الرابع: إن الاختلاف بين الشهود يسقط شهادتهم.

الخامس: صحة القضاء والاستشهاد في المسجد.

السادس: استحباب نصح المدعي زوراً.

السابع: إن الشاهد إذا لم يجب بالتفصيل كان له الحق في ذلك إذا لم يكن أمر أهم.

الثامن: الوكيل كالأصيل في سماع دعوى المدعي، وإلا كان للإمام (عليه الصلاة والسلام) أن يقول إن الرسول (صلى الله عليه وآله) لم يودع عنده وكفى بذلك رداً لهم.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢٠٢ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ح١.

التاسع: حق القاضي في تصديق الشهود واستبراء شهاداتهم.

العاشر: التوكيل في جعل الودائع إلى غير المستودع إذا كان ارتكاز من المودع لجواز ذلك أو اضطرار من المستودع.

الحادي عشر: كتابة الأسامي على الودائع.

الثاني عشر: لزوم تحمل الرد إذا شهد الشهود وإن لم ير الوكيل الوديعة في الودائع.

وهذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الكتاب، والله الموفق والمستعان.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

تم في اليوم الثامن من شهر محرم الحرام من سنة ألف وأربعمائة وثمانية في قم المقدسة.

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

كتاب العارية

بِسْمِ اللهِ الرَّحمٰنِ الرَّحِيمْ

الحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالَمِين وَالصَلاَةُ وَالسَّلاَمُ عَلَىٰ أَشْرَفِ خَلْقِهِ سَيدنَا مُحَمَّد وَعَلىٰ آلهِ الطيبينَ الطَّاهِرِينَ، وَاللعنَةُ الدَّائِمَةُ عَلَىٰ أعدَائِهِمْ إِلىٰ قِيامِ يوْم الدِّينْ.

كتاب العارية

والأغلب أن تكون على أسلوب الشرائع.

قال في المسالك: (هي بتشديد الياء كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته، وقيل: منسوبة إلى العارة وهي مصدر من قولك: أعرته إعارة، كما قال: أجاب يجيب إجابة، وأطاق إطاقة وطاقة، وقيل: مأخوذة من عار يعير إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطّال عيار لتردّده في بطالته، فسميت عارية لتحولها من يد إلى يد، وقيل: مأخوذة من التعاور والاعتوار وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم، وقال الخطائي في غريبه: إن اللغة الغالبة العارية بالتشديد وقد تخفف) انتهى.

والظاهر أنه يصح أن يكون ناقصاً يائياً أو واوياً، نحو سقا وساقية وسواقي، وغزى وغازية وغوازي، كما أنه يصح أن يكون أجوفاً واوياً من عورة، أو يائياً من عيرة.

ولا شك باختلاف المعاني بسبب اختلاف الأصول، ولذا فالاحتمالات في الكلمة أكثر مما ذكره المسالك وتبعه الجواهر، والتاء باعتبار أنّها صفة محذوف أي العين العارية، فحالها حال تاء وثيقة، والمشدد باعتبار النسبة، أما المخفف فالياء أصلي على وزن الغازي، لكن مزيده كأعار يعير ومعير ومعار يدل على أنه أجوف لا ناقص، وإلا صار أعرى كأرمى، يعري كيرمي من باب الأفعال

فتأمل، ويجمع على عواري.

قال الشاعر:

إنّما الدنيا عواري

والعوالي مستردة

شدة بعد رخاء

ورخاء بعد شدة

ثم إنه يستحب إعارة المؤمن، فقد روى الغوالي عن ابن مسعود، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «إن الماعون المذكور في الآية الكريمة هو العواري من الدلو والقدر والميزان»[1].

وعن جابر قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: «ما من صاحب إبل لا يفعل حقها فيها إلاّ جاءت يوم القيامة أكبر ما كانت بقاع قرقر وتشد عليه بقوائمها وأخفافها»، قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل، قال: «حلها على الماء وإعارة ولدها وإعارة فحلها»[2].

أقول: إعارة الولد لأجل الدر، وإعارة الفحل لأجل النزو.

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «القرض والعارية وقرى الضيف من السنة»[3].

وعن الحسن بن علي بن شعبة في تحف العقول، عن الصادق (عليه السلام) أنه قال في حديث: «وأما الوجوه الأربعة التي يلزم فيها النصفة من وجوه اصطناع المعروف فقضاء الدين والعارية والقرض وإقراء الضيف واجبات في السنة»[4].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح٤.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح٥.

قال في الشرائع: وهي عقد.

أقول: وإنما كان عقداً لأن العرف يرونه كذلك، وهو ميزان العقد، كما أنه هو ميزان الإيقاع أيضاً، فلو كان العرف يرون أن الطلاق لا يتحقق إلاّ برضى الطرفين كالنكاح كان عقداً، كما هو متعارف الآن في بعض البلاد الكافرة، حيث لا يجعلون الطلاق إلاّ بعد رضى الطرفين، كما أن العرف لو كان يرى الهبة إيقاعاً يملك الموهوب له الموهوب بدون رضاه وقبوله، كما يملك الإنسان الإرث بدون رضاه وقبوله، لكانت إيقاعاً.

والفرق بين إباحة المنفعة حيث لا يحتاج إلى القبول، والعارية باعتبار العقلاء للعارية عقداً دون الإباحة، فالثمرة وإن كانت واحدة إلاّ أن الاعتبار اثنان، وكما في عالم الحقائق يمكن ترتب ثمرة واحدة لموجودين حيث بينهما جامع، كذلك في عالم الاعتبار، وإنما اعتبرنا الجامع لما ذكروه من عدم صدور الواحد إلاّ عن واحد، وإن كان هذه القاعدة لا تأتي في الأمور الاعتبارية لأنها خفيفة المؤنة، فإن الدليل الذي ذكروه للقاعدة من أنه (وإلاّ لزم صدور كل شيء من كل شيء) غير آت في الأمور الاعتبارية، وإن كانت جارية في الأمور الانتزاعيه أيضاً لما لها نوع من الحقيقة.

ومما ذكر يظهر وجه النظر في قول المسالك، حيث قال عند قول الشرائع: (وهي عقد ثمرته كذا، العقد اسم للإيجاب والقبول، وتعليق الثمرة عليه يقتضي أن للقبول مدخلاً فيها مع أن التبرع بالمنفعة إنما يتحقق بالإيجاب خاصة، لأن المتبرع إنما هو باذل العين لا المنتفع بها. ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطاً في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه، وإن بذلها المعير فإنه لو تبرع بالعين وأوقع الإيجاب فرده الآخر لم يحصل الثمرة، وإن حصل التبرع بالمنفعة

فالمترتّب على العقد هو التبرّع على وجه يثمر، وذلك لا يتم بدون القبول) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لا ماذكره، وكأن الجواهر أراد الإشارة إلى ما ذكرناه، وإن لم تكن العبارة وافية، فإنه قال: (هي عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول، لا إيقاع يكفي فيه الإذن في الانتفاع من المالك، إذ هو حينئذ من الإباحة التي منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل ونحوه مما جرت السيرة به، وانتفاع الضيف في الدار والفرش والأواني ونحوها لا العارية المزبورة، اللهم إلاّ أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ويقبله قولاً أو فعلاً بهذا العنوان)[1].

نعم ذكر الجواهر بعد ذلك ما هو أصرح حيث قال: (إن التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذي هو المشخص في اندراج الفرد في مفهومه نحو تشخيصه الفعل المشترك، إذ ليس فرق في العقد بين الصلح عن العين الجامعة لشرائط البيع مثلاً، وبين بيعها بالنسبة إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم في كل منهما إلاّ بقصد الصلحية أو البيعية المدلول عليهما بذكر الصيغة أو غيره من القرائن، وكذا بالنسبة إلى الفرق بين الصلح على المنفعة التي تتعلق بها الإجارة وبين عقد الإجارة، وكذا ما نحن فيه).

وممّا تقدم ظهر وجه النظر في كلام المسالك في جوابه عن إشكال نقض طرد التعريف بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، قال في وجه الإشكال: (فإن هذه كلها عقود تثمر التبرع بالمنفعة، وأجيب بأنها في معنى العارية وإن كانت لازمة، وغايته انقسام العارية إلى جائزة ولازمة، كالإعارة للرهن وفيه نظر، لأن هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود.

---

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٥٦.

ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه، خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة، فإنه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كما سيأتي، وقد يلتزم فيها بأنها لتحقق المعنى فيها مطلقاً ولا يقدح الصيغة لأن العارية لا يختص بلفظ، بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً.

والسكنى المطلقة يقتضي ذلك، ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر، والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبة إلى المستعير وإن لم يؤثر بالنسبة إلى المرتهن، وتظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصها بما أمكن ووجوب المبادرة إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة، ولو قلنا إنه لا أثر لها وإنها لازمة من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم، والأول ليس ببعيد من الصواب، إذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لا سائر الأمور، حتى لو أن النتيجة كانت واحدة لم يضر ذلك باختلاف الاعتبار، والاعتبار في عالمه يمكن أن يكون لفردين منه أثر واحد، كما يمكن أن يكون لوجودين في عالم الوجود أثر واحد، مع ما عرفت من الفارق بأن في الوجودين يجب وجود الجامع بينما وليس كذلك في عالم الاعتبار.

أمّا جواب الجواهر عن المسالك بقوله: (قد ذكرناه غير مرة أن أكثر التعاريف للأصحاب في أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغوية التي يراد منها التمييز في الجملة، لا تمام الاطراد والانعكاس، فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، وأغرب منه التزام الجواز في ذلك وأنها في معنى العارية وإن كانت لازمة، وغايته انقسام العارية إلى

جائزة ولازمة كالإعارة للرهن، ضرورة كون هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود) انتهى.

فقد عرفت ضعفه، إذ ليس الكلام في التعريف، وإنما الكلام في الحقيقة، بالإضافة إلى أن نقض بعضهم لبعض في التعاريف ورد بعضهم النقض عن بعض يدل على أنهم يريدون تعريف الجامع المانع.

وأما قوله السابق الذي أشرنا إليه حيث قال: (التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد) إلخ، فهو خروج عن الجواب إلى غير موقعه، لأن الأمر في الفرق، والقصد تابع للفرق يعني يلزم أن يكون هناك مفهومان حتى يقصد هذا مرة ويقصد هذا مرة، فالفارق الاعتبار لا القصد، وإن كان القصد تابعاً للاعتبار، إذ في المقام ثلاثة أمور: مفهوم وقصد وإثبات في الخارج، فالمراد بالمفهوم الاعتبار العقلائي، والمفهوم صفة منتزعة من الأمر الاعتباري.

وعلى أي حال فمما تقدم ظهر الفرق بين العارية وبين القرض، وبينها وبين الوديعة المأذون التصرف فيها.

أما مسألة الجواز واللزوم المذكور في كلام المسالك، فلا يخفى أنهما أمران خارجان لا ربط لهما بحقيقة الاعتبار، ولذا قال الجواهر: والجواز واللزوم إنما هما أمران خارجان، والتحقيق أن بناءها على الجواز الذي لا ينافيه عروض اللزوم من جهة أخرى كتعلق حق الغير ونحوه، كما لا ينافي لزوم البيع الجواز له بسبب من أسباب الخيار، وقد تبع الجواهر في ذلك الشيخ في المكاسب في جعله الجواز واللزوم أمراً خارجاً عن حقيقة المهية.

ثم إن الظاهر أن العارية كسائر العقود تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين

والعمليين، أو كون أحدهما لفظياً والآخر عملياً، لأن كل ذلك يسمى بالعقد، فلو قال إنسان: أيها الناس أعيركم كلما تريدون من أثاثي، وجلس في محله فجاءه إنسان وآخر وثالث وهكذا يأخذون منه أشياء بعنوان العارية وهو يعطيها إياهم كان عارية عرفاً، كما إذا كان هناك لفظ منهما، أو كان لفظ من أحدهما وفعل من الآخر.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (هي على حسب ما سمعته في العقود اللازمة تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين، وهما العقد بالمعنى الأخص، وربما قيل منه أيضاً ما إذا كان القبول فعلياً، وأما إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعلياً فهو من المعاطاة، بناءً على مشروعيتها فيها بدعوى السيرة المستمرة بعنوان العارية، وإن كان الأقوى أنها إباحة لا بعوض كما سمعته مراراً. وأما احتمال أنها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العارية لأنه انتفاع بملك الغير بإذنه، وإن لم يكن لفظ بل بشاهد الحال، ضرورة عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العارية من دون إنشاء قصدها من الطرفين، وجواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح، وخصوصاً ما لو كان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال) انتهى.

إذ لا وجه لعدم جعلها عقداً إذا كان القصد منهما العارية، فإنه لا فرق عند العرف بين اللفظ والكتابة والفعل.

نعم خرج مثل النكاح والطلاق بالدليل الخاص من إجماع ونحوه، ولذا قال في الرياض: (يشترط فيها ما يدل على الإيجاب والقبول وإن لم يكن لفظاً، كما لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه، وكأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها، وفاقاً لجماعة لجريان العادة بمثله، ومنهم من اشترط لفظاً كما في نظائره وهو

أوفق بالأصل الدال على حرمة التصرف في مال الغير بغير القطع بإذنه حيث لا يحصل من جهة العقد، إلاّ أن العادة في نحو الأمثلة المذكورة ربما أفاد القطع به، ولا شبهة مع الإفادة، ولا دليل على اعتبار اللفظ في هذه الصورة بعد أن العارية من العقود الجائزة، ومع عدمها فمحل إشكال، وإن أفادت الظنة حيث لا دليل على اعتبارها، ويخصص الأصل بها في نحو المسألة) انتهى.

نعم لا إشكال في أنه لا يكفي الظن، لأنه يلزم القطع بالظهور حتى يحكم بالمراد، كما حقق في الأصول، فاللازم أن يكون هنالك لفظ أو كتابة أو إشارة أو فعل قطعي الدلالة على العارية.

ولذا قال في الرياض: (ينقدح وجه القدح فيما حكي عن التذكرة من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه إن لم يقيد بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد في الآية بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقة، ولا كذلك لو قيد به لاستناد الرخصة في المقيد حقيقة إلى الآية لا إلى نفس حسن المظنة، ومنه يظهر وجه تعدي الجواز إلى الأرحام الذين تناولتهم الآية في الصورة المذكورة) انتهى.

ولا يخفى أنه في المقام خلط بين عالم الإثبات وعالم الثبوت، فليس الكلام في الظهور وعدم الظهور، وإنما الكلام في أن العارية هل تحقق بالمعاطاة أم لا، والإذن الشرعي أو المالكي في الانتفاع ليس معناه العارية، ولذا قال في الجواهر: (الإذن في الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الإذن شرعاً بالأكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعاً، وإنما هو من الإباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت التي قد تضمنتها الآية، نعم قد يستفاد من ذلك التسامح في عقد العارية التي ثمرته إباحة المنفعة التي اكتفي فيها بشاهد الحال

ونحوه، كما أومأ إليه الفاضل في التذكرة) انتهى.

وكيف كان، فإذا جعل العارية في قبال العارية لم يكن بذلك بأس للعرفية، فيشمله الأدلة بعد عدم الدليل على المنع، فإشكال الجواهر فيه، حيث قال: (مما ذكرناه تعرف ما في جملة من كلام الأعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتك حماري مثلاً لتعيرني فرسك، لعدم التبرع فيه، إذ هو كما ترى، ضرورة أنه إذا فرض إرادة العوضية فيه على وجه ينافي التبرع لم يكن عارية صحيحة وإلا فلا ينافي التبرع) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ أي مانع في إرادة العوضية بعد تحقق المفهوم عرفاً، فإن وقوع العارية في مقابل العارية بمعنى الاعتبار في مقابل الاعتبار، غير وقوع الانتفاع في مقابل الانتفاع، أو الشيء في مقابل الشيء، والمنافي للعارية هما الأمران الأخيران، لا الأمر الأول.

وقد ظهر مما تقدم عدم ورود الإيرادات التي أوردها جامع المقاصد على عبارة القواعد، حيث قال في القواعد في عقد العارية: أنه كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة، فقال في جامع المقاصد: (إنه يرد عليه إيرادات:

الأول: إن قوله: إن ثمرته التبرع، إن كان جزء التعريف انتقض في عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك، وإلا انتقض في طرده بالإجارة.

والثاني: إنه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصية بالمنفعة.

والثالث: إن الثمرة المذكورة حاصلة بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب والقبول، فلا تكون ثمرتهما معاً).

ثم قال: (ويمكن الجواب عن الأول بكونه جزءاً، ولا يرد ما ذكر لأن هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع، وإنما جاء العوض من أمر زائد

على العقد وهو الشرط، فإنه عقد مع شرط)، ثم قال: (وأجيب عن الثاني بما لا يدفع، والأولى أن يزاد في التعريف مع بقاء الجواز) انتهى.

إذ قد عرفت أن العارية اعتبار خاص، وبذلك لا ينتقض بالنقوض المذكورة، كما أن الثمرة المذكورة ليست حاصلة بالإيجاب، بل بمجموع الإيجاب والقبول.

وعلى أي حال، فقد قال في الشرائع: (ويقع بكل لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع).

وقال في الجواهر في شرحه: (بعنوان العارية من طرف الموجب، ويدل على قبول ذلك من طرف القابل، وأما معاطاتها فبغير ذلك إلاّ في صورة فعلية القبول ولفظية الإيجاب فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضاً).

أقول: ما ذكره الشرائع هو مقتضى القاعدة، وإضافة الجواهر بعنوان العارية كما ذكره، كما أنه هو المنصرف من إطلاق الشرائع.

ثم إنك قد عرفت مجيء المعاطاة فيها أيضاً، ولذا الذي ذكرناه قال في القواعد: (ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً)، لكن لا يخفى أن في قوله: (لا يشترط القبول نطقاً) توهم أنه يشترط في الإيجاب النطق، بل في مفتاح الكرامة: (إنه ظاهر عبارات الأكثر)، ثم قال: (تسمية ما خلا عن القول إيجاباً وقبولاً عقداً مما لا يصغى إليه)، لكنك قد عرفت ما فيه، وقد تقدمت عبارة التذكرة الدالة على ما اخترناه.

(مسألة ١): قال في الشرائع: وليس بلازم لأحد المتعاقدين.

وفي المسالك: كون العارية من العقود الجائزة، لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق.

وفي الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين الموقت وغيره.

خلافاً للمحكي عن ابن الجنيد من الحكم باللزوم من طرف المعير في إعارة الأرض القراح مدة للغرس أو البناء، ولا ريب في ضعفه.

لكن في المسالك: يستثنى منه مواضع:

الأول: الإعارة للرهن بعد وقوعه.

الثاني: إعارة الأرض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، فإنه لا يصح الرجوع بعده لتحريم نبشه وهتك حرمته إلى أن يندرس عظامه، وهو موضع وفاق أيضاً، نقله في التذكرة، أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت صح، وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الأقوى.

قال في التذكرة: ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت، ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلاّ كذلك، إذ لا تقصير منه حينئذ، فينبغي كونه من مال الميت، ولا يلزم ولي الميت الطم، لأن الحفر مأذون فيه.

الثالث: إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحاً يرقع به السفينة فرقعها به ثم لجج في البحر، فإنه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس، ويحتمل جوازه ويثبت له المثل أو القيمة مع تعذر المثل، لما فيه من الجمع بين المصلحتين، أو يقال بجواز الرجوع وإن لم يجب تعجيل التسليم إليه.

وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة، كما تقدم في الاستعارة للرهن، ولو لم يدخل السفينة البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، ولو كانت داخلة لكن أمكن رجوعها إلى الشاطئ وجب إذا لم يتوجه على صاحبها ضرر.

الرابع: أن يعير حائطاً ليضع عليه أطراف خشبته مع كون الطرف الآخر مثبتاً في ملك المستعير، فإنه إذا بنى فأدى الرجوع إلى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ، وإن دفع الأرش لأنه يؤدي إلى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهو غير جائز.

الخامس: أن يعيره الأرض للزرع فليس له الرجوع فيها قبل إدراكه وإن دفع له الأرش، لأن له وقتاً ينتهي إليه، وقد أقدم عليه في ابتداء الإعارة عند الشيخ وابن إدريس.

السادس: أن يعيره الأرض فيبني فيها أو يغرس مدة معلومة، فإنه لا يجوز الرجوع فيها طول المدة، ولو كانت غير موقتة له الرجوع، ذهب إلى ذلك ابن الجنيد، والأقوى في هذه الثلاثة جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الأرش، وانما يستثنى من القاعدة الثلاثة الأول خاصة ـــ انتهى.

أقول: أما أنه عقد جائز مع أن مقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] لزوم كل عقد، فلأمرين:

الأول: الإجماع.

والثاني: السيرة.

ويؤيد الجواز رواية الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «العارية لمن أعارها، ولا يملك المستعير منها شيئاً إلاّ ما ملكه المعير وأباحه له، ولا يزول شيء

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

من ملكه منها بعاريته إياها»[1].

فإن قوله (عليه الصلاة والسلام): «وأباحه له» مشعر بأنه إباحة، فكما أن في الإباحة لكل منهما الرجوع فكذلك في العارية.

وفي رواية أخرى عن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن الجار يأذن لجاره أن يحمل على حائطه هل له إذا شاء أن يترع ذلك الحمل، قال: «إذا أراد أن يترعه لحاجة نزلت به لا يريد بذلك الضرر فذلك له، وإن كان إنما يريد الضرر لغير حاجة منه إليه فلا أرى أن يترعه».

فإن الرواية بعد تتريلها على وجود الضرر وعدمه لا على الإرادة، لأن الإرادة تستعمل في الفعل مثل قوله سبحانه: ﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس﴾[2]، كما أن الفعل يستعمل في الارادة، كقوله سبحانه: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾[3]، كما ذكره في (المغني)، يدل على أن المعير له الترع.

لا يقال: إذا كان جائزاً فما معنى كونه عقداً.

لأنه يقال: المراد بالعقد الاحتياج إلى الطرفين، بخلاف الإيقاع حيث لا يحتاج إلى الطرفين.

أما الاستثنائات المذكورة، فالظاهر أنها ليس من الاستثناء في شيء، وإنما هو لدليل خارج، وقد ذكرنا الكلام في الرهن في كتابه.

أما إعارة الأرض لدفن الميت المسلم ومن بحكمه، فمقتضى الجمع بين دليل جواز الإعارة وحرمة النبش أن له الرجوع، وبعده يلزم عليه إعطاء الأجرة،

---

(١) الدعائم: ج٢ ص٤٨٩ الباب ١ من كتاب العارية ح١٧٤٦.

(٢) الأحزاب: الآية ٣٣.

(٣) المائدة: الآية ٦.

وكذلك الحال في إعارة لوحة للسفينة أو إعارة السفينة أو السيارة ويريد استرجاعها في وسط الطريق حيث يتضرر الركاب.

وكذلك لو أعاره سكيناً لإجراء عملية جراحية، وفي أثناء العمل يريد استرجاعها بما يوجب الضرر على المريض، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة مما يتبين منها أن الاستثناء المذكور ليس خاصاً بالأمثلة التي ذكروها، وإنما يلزم أن يستثنى الجميع، أو يقال: بأن الجميع لا ينافي الجواز، فإذا استرجع المعير عاريته يلزم الجمع بين الحقين.

ولذا قال في الجواهر بعد ذكر بعض الأمثلة المذكورة: (إن الجميع كما ترى، ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع بإذن المالك، وحرمة النبش والإضرار بالغير برجوع العين، لزوم العقد ضرورة إمكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ، وإن منع مانع خارجي من رد العين إلى مالكها كما لو فرض في بعض أمثلة الإجارة التي فسخت بتقايل أو خيار أو نحو ذلك، فإنه لا إشكال في تحقق الفسخ حينئذ، وإن منع من رد العين مانع آخر، وربما ترتب له الإجارة في بعض الأفراد.

وبالجملة إن دعوى لزوم عقد العارية في الأمثلة المزبورة واضحة الفساد فلا حظ وتأمل، ويمكن إرادة مدعي اللزوم فيها أو في بعضها عدم السلطنة على العين وتفريغها مما فيه لوجود المانع منه لا إرادة لزوم نفس العقد، وبهذا الاعتبار استثناه، بل لعل ذلك مقطوع به إذ احتمال أن لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا في غاية البعد، خصوصاً بعد تصريح بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضي لزوم العقد) انتهى.

أما بقية الفروع التي ذكرها العلامة في التذكرة في مسألة الإعارة لدفن الميت

المسلم ومن بحكمه فهي كما ذكره.

ومن قبيل ما يجمع بين الحقين بعدم إرجاع العارية مع حق المعير في الأجرة ما إذا أعطى شبكته للصيد أو داره للسكنى أو ما أشبه وفي الأثناء استرجعها، ولا يمكن المستعير الإرجاع لضرر أو حرج أو ما أشبه، فإن له أن يبقي العين عند نفسه مع إعطاء الأجرة للمعير، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الرهن.

ثم لو فسخ المعير و لم يوصل الخبر إلى المستعير عمداً، أو لعدم قدرته عليه، لم يكن تصرف المستعير حراماً ولا موجباً للضمان، للمناط في قاعدة ما لا يضمن، ولأنه أهدر ماله بإعارته فيكون كمن أباح الماء للشاربين ثم استرجع في إباحته ولكن لم يوصل الخبر لهم، لأنه حيث دخل على أن لا حرمة لماله يبقى كذلك إلى أن يعلم المستبيح، فلا يشمله «لا يتوى» و«على اليد» وما أشبه.

ولو أعلمه المعير لكن حيث إن تضرر المستعير صار بسببه، كما لو أراد السفر مجاناً من النجف إلى كربلاء بسيارة إنسان يبيحها له، لكن المعير سبق وأعاره سيارته، مما لو لم يفعل ذلك استعار المستعير سيارة غيره، ثم في أثناء الطريق قال له: استرجعت في إعارتي فعليك الأجرة، فلا يبعد عدم حقه لدليل «لا ضرر» وإن كان فيه تأمل.

أما لو أرجع المستعير العارية، فإن تمكن أن يوصلها إليه أو إلى وكيله أو إلى الحاكم الشرعي لزم، وإلا لم يبعد ضمانه فيما ينتفع به، كاللبن والثمر وأجرة الدار وما أشبه، للقاعدة الأولية بعد انتهاء العارية بالفسخ.

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: يشترط في المعير أن يكون مكلفاً جائز التصرف، فلا يجوز إعارة الصبي ولا المجنون.

أقول: وذلك لما عللوه بسلب عبارتهما وفعلهما في المعاملات وغيرها كالقضاء ونحوه، وسلب العبارة إنما يفهم من رفع القلم، فإن معنى رفع القلم أنهما لا شأن لهما إطلاقاً، فلا يصح إعارتهما لمالهما ولا لمال غيرهما ممن أعطى التولية لهما، لأنهما غير قابلين للولاية، للمناط في كونهما مولى عليهما، والمولى عليه إذا لم تصح ولايته لنفسه لم تصح ولايته لغيره.

وأضاف في القواعد قوله: (ولا المحجور عليه لسفه أو فلس، وعللوه بأن الإعارة هو تصرف في المال والتصرف غير جائز).

لكن في الجواهر بعد قوله: وكذا لا يصح إعارة المحجور عليه لفلس أو سفه قال: (بناءً على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما، وكأنه أراد الإشارة إلى احتمال جواز مثل هذا التصرف في الشؤون التي هي خارجة عن الفلس، مثل أن يعطي المفلس إناءه عارية لزيد ليشرب فيه الماء، أو بساطه له ليجلس عليه ولو مقدار ساعة أو ما أشبه، فإن دليل الحجر لا يشمل مثل ذلك، سواء في المفلس أو السفيه، لانصراف الأدلة عن مثل هذه التصرفات.

نعم لا إشكال في عدم جواز التصرفات التي لا تنصرف عنها الأدلة، مثل أن يعطي السفيه بستانه أو داره إعارة لزيد لمدة سنة، وكذلك مثل ذلك في المفلس، وعلى أي حال، فالحكم دائر مدار انصراف الدليل وعدمه.

ثم إن الشرائع قال: ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة.

وفي مفتاح الكرامة أنه قال: في الإرشاد إنما تصح من جائز التصرف، ولو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحة، وقد صرح فيهما، وفي التحرير

واللمعة وغيرها أنه يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي، وقيده في التحرير بما إذا كان مميزاً، ومن الواضح أن مراد غيره أيضاً المميز، إذ غير المميز كالحيوان أو أسوأ منه.

والظاهر أن ما ذكروه هو مقتضى القاعدة خصوصاً للصبي الذي تجوز صدقته وعتقه ووصيته، فإن المناط في ذلك آت هنا.

لأن أدلة الحجر لا تشمل مثل ذلك، بل ذكرنا في كتاب الحجر أن مقتضى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾[1] جواز بعض المعاملات الأخر بالنسبة إليهم، فإن أدلة المنع قاصرة عن شمول هذه المعاملات الجزئية، ويؤيده السيرة المستمرة من غير فرق بين أن يفعل في مال نفسه أو يفعل في مال غيره بالإجازة.

ومنه يظهر وجه النظر في تفصيل الجواهر حيث قال بعد قوله: ولعله للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات للأصحاب وإرسالهم إرسال المسلمات، قال: (ولكن ينبغي حينئذ اختصاص ذلك بإذن الولي في عارية ماله مثلاً، أما توليتها عن غيره فلا يجوز) انتهى.

بل قد عرفت أنه لا حاجة إلى إذن الولي، ولذا يتعارف لصبيان المدارس إعارة أقلامهم وما أشبه لزملائهم من غير نكير من أحد من المتشرعة.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال: (وذلك لأن المدار في العارية ونحوها من العقود الجائزة على رضى المالك، وهو هنا الولي فإذنه للصبي بمترلة الإيجاب، والعبرة هنا بإذنه لا بعبارة الصبي. وعلى هذا، لا فرق بين المميز وغيره، ولا بينه وبين المجنون، فلا وجه لتخصيص

---

(١) النساء: الآية ٦.

الصبي بالذكر وخصوصاً الشرائع، فإنه ذكرهما فيها أولاً وخصه ثانياً، ومما ذكر يعرف الفرق بين العقود الجائزة واللازمة، فإن الضابط في اللازمة أن تكون بعبارات مخصوصة مقررة معتبرة، بمعنى أن تكون عن بالغ عاقل، وفي العقود الجائزة مجرد حصول الإذن ولو خلى عن العبارة بالكلية، فمناقشة بعضهم في الفرق وقول آخر أنه لا يبعد أن تعتبر أقوالهم في العقود اللازمة إذا أذن الولي، مما لا يصغى إليهما) انتهى.

فإن فيه مواقع للنظر كما لا يخفى، إذ ليس الطفل آلة محضة كالحيوان، ولا دليل على الفرق بين العقد الجائز واللازم، كما أن العقد الجائز ليس مجرد إذن فقط.

كما ظهر وجه النظر في قول الرياض أيضاً حيث قال: (لا يجوز إعارة فاقد الشرائط، كالصبي والمجنون والسفيه ونحوهم إلاّ بإذن الولي بالإعارة لمالهم أو ماله، لأن المعتبر إذن الولي وهو المعير في الحقيقة، حيث حصل منه الرخصة، ولا كذلك الحكم في إذنه للمجنون والصبي في إيقاع نحو البيع مما يشترط فيها الألفاظ المعتبرة، ولا يكتف فيها بإذن الولي خاصة لعدم الاعتبار بعبارتهما، وإن كانت بإذن الولي مقرونة) إلى آخر كلامه المشابه لكلام مفتاح الكرامة المتقدم.

وكأن الجواهر أشار في كلامه إلى كلامهما حيث قال في رد من أجاز ذلك: (إن الإذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام، وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك، وإلا لجازت مضاربته ووكالته بإذن الولي، ودعوى كون الإذن من المالك بمنزلة الإيجاب منه، لأن المدار في العارية على رضى المالك وهو الولي هنا، يدفعها عدم الفرق حنيئذ بين المميز وغيره، بل وبينه وبين المجنون، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزة، بل وبينه وبين

المعاطاة في البيع وغيره، ضرورة رجوع ذلك إلى كون الصبي حينئذ آلة، والإيجاب والإنشاء بفعل الولي الذي هو الإذن وإرسال الصبي ونحو ذلك. نعم ينبغي اعتبار قصد الولي إنشاء الإيجاب بذلك، وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبنية على اختصاص العارية بهذا الحكم ولو بجعل إذن الولي وأمره فعل الصبي فعلاً للولي، كما جعل أمره له بأفعال الحج موجباً للصحة في الجملة) انتهى.

وعلى أي حال، فقد عرفت مما تقدم وجه النظر في قول الشرائع بعد عبارته المتقدمة: (وكما لا يليها عن نفسه، كذا لا يصح ولايته عن غيره) فإنك قد عرفت صحة توليتها عن نفسه وعن غيره فيما جرت السيرة على ذلك.

ثم إنه يجوز للمستعير الأخذ من الطفل فيما له التصرف فيه على ما ذكرناه، أما من يقول بالاحتياج إلى إذن الولي فإنه لا يصح للمستعير الأخذ إلاّ إذ علم بإذن الولي، ولذا قال في الرياض: (هذا إذا علم المستعير بإذن الولي وإلا لم يقبل قول الصبي في حقه إلاّ أن تنضم إليه قرينة هي للظن المتاخم للعلم به مفيدة، كما إذا طالبها من المولى فجاء بها الصبي مثلاً وأخبر أنه أرسله بها ونحو ذلك، كما يقبل قوله في الهدية والإذن في دخول الدار بالقرينة).

أقول: ومراده بالظن المتاخم للعلم: العلم العادي، وإلا فالظن ليس بحجة، أما قوله بعد ذلك: (ولابد مع إذن الولي لهما في إعارة مالهما من وجود المصلحة، بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، أو انتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال ونحو ذلك) انتهى.

فقد عرفت في كتاب النكاح والحجر وغيرهما أن المعيار عدم المفسدة لا المصلحة، اللهم إلاّ أن يريد بالمصلحة عدم المفسدة، لكنه لا يلائم قوله: (أحفظ من يد الولي) إلى آخر العبارة.

(**مسألة ٣**): يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للاستعارة، فلا يصح أن يكون صبياً غير مميز ولا مجنوناً، أما الصبي المميز فقد عرفت الكلام فيه في المعير.

ولو استعار غير المميز أو المجنون فأعاره عالماً أو جاهلاً بنقصهما، ففي ضمانهما ما تقدم في كتاب الوديعة.

وفي القواعد قال: شرط المستعير أن يكون معيناً.

وفي مفتاح الكرامة: (فلو قال له: أعرت أحد هذين لم يصح، كما في التذكرة وجامع المقاصد، قال في التذكرة: لعدم التعيين وكل واحد لا يتعين للإجازة لصلاحية الآخر لها، واستباحة منافع الغير لا يكون إلا بوجه شرعي، لأن الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلاّ بإذنه ولم يثبت، ولو عمم المستعير جاز، سواء كان التعميم في عدد محصور كقوله: أعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة، أو في عدد غير محصور كقوله لكل الناس، أو لأي أحد من أشخاص الناس، أو لمن دخل الدار، وبالجملة الكلي معين، وإن لم يكن عاماً كأي رجل وأى داخل وأحد الشخصين مجهول) انتهى.

أقول: الجهل قد يكون في المعير، وقد يكون في المستعير، وقد يكون في المستعار، وقد يكون في الخصوصيات، كما إذا أعاره الكتاب لشهر صفر أو شهر الربيع، فإن كل واحد من الثلاثة معلوم وإنما المجهول بعض المتعلقات، وكذلك إذا أعاره الدابة لأن يركب عليها أو يحمل عليها، إلى غير ذلك من الجهل في الخصوصيات، وضرر الجهل في كل المقامات المذكورة غير واضح.

فلو كان اثنان لكل واحد كتاب شرح اللمعة، فأراد من أحدهما استعارة الكتاب إنسان، فقالا: أعرنا أحدنا كتابنا لك، فقبل لم يكن وجه لبطلانه، وإنما له أن يأخذ كتاب هذا أو كتاب ذاك، والضرر المتوهم أنه غرر أو غير مسبوق مثله في الشريعة، وكلاهما غير ضار، إذ لا غرر عرفاً، وقد قلنا فيما تقدم أن نهي النبي (صلى الله عليه وآله)

عن الغرر[1] إنما يصب على الغرر العرفي، وكونه غير مسبوق في الشرعية أيضاً لا يضر بعد العرفية، وقد ذكرنا مكرراً أن ﴿أوفوا بالعقود﴾ يشمل العقود المستحدثة كالعقود السابقة، ويستثنى منها العقد الذي نهى الشارع عنه كالبيع الربوي ونحوه، وأي فرق بين إباحتهما له بضاعتهما على البدل والعقد كذلك.

نعم نكاح أحد الرجلين أو إحدى المرأتين أو طلاق أحدهما أو إحدى المرأتين لا يصح، للإجماع والضرورة.

ومنه يعلم حال المتردد في المستعير، كما إذا أراد كل واحد منهما كتاب شرح لمعة زيد، فيقول لهما: أعرته لأحدكما، فيقبل أحدهما.

وكذلك حال المستعار، كما إذا أراد إنسان من إنسان كتاب اللمعة أو القوانين، فيقول: أعرت أحدهما لك، فيقول: قبلت، ويأخذ أحدهما، وهكذا الحال في سائر الشرائط والخصوصيات المرددة.

ومنه يعلم حال صحة إعارة الكلي في المعين، كأن يقول: أعرتك أحد هذه الكتب، وحال إعارة المشاع، كأن يقول: أعرتك نصف هذه الدار.

لكن المسألة في المردد بعد بحاجة إلى التأمل.

أمّا إذا طرأ الجهل على أحد هذه الأمور، كما لم يعلم المستعير أن المعير هو زيد أو عمرو، بأن كان عنده كتابان لهما فاستعار أحدهما فأعاره لكنه نسي أن المعير أيهما، بينما الكتابان متشابهان كجلدين من اللمعة مثلاً، أو مختلفان كلمعة وقوانين، وكذلك إذا كان المستعير متردداً، كما إذا علم زيد وعمرو أن أحدهما استعار الدار من بكر فأعارها إياه، ثم شكا في أن المستعير أيهما، أو كان المستعار مجهولاً،

(1) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ من أبواب كتاب التجارة ح٣.

كما إذا أعاره زيد الفرس أو الحمار مما كان معلوماً في وقته، ثم جهل أن أيهما المستعار، وكذلك بالنسبة إلى سائر الشروط، كما لو أعاره شهراً لكنه شك في أن الشهر هل هو الربيع الأول أو الربيع الثاني، أو أنه أعاره سيارته في كربلاء أو في النجف، أو ما أشبه ذلك من سائر الخصوصيات، فإذا كان مسرحاً لقاعدة العدل أجريت قاعدة العدل، وإلا كان مقتضى القاعدة القرعة لأنها لكل أمر مشكل[1].

ومنه يعرف وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (لابد أن يكون المستعير معيناً، فلو قال: أعرت أحد هذين لم يصح، للأصل بعد قصور تناول الأدلة لمثل ذلك، نعم لو أريد كلاهما من ذلك وقبلا معاً أمكن الصحة، كما لو قال: أعرت كتابي هذا لهؤلاء العشرة، وقبلوا جميعاً، فإنه يصح بالنسبة إلى كل منهم بمعنى أن له الانتفاع مستقلاً، إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم، فإن العارية قسم من الإباحة الصالحة لذلك فيحمل عليه، إلاّ أن يصرح بإرادة الاجتماع، وهكذا في غيره من العقود التي تقبل ذلك. نعم في مثل البيع والإجارة ونحوهما مما لا يقبل ثمرته الانتقال لكل منهما لعدم معقولية ملك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعة يترل على الشركة بخلاف ما نحن فيه) انتهى.

ومما تقدم تظهر صحة الإعارة الدورية في كل من الأربعة، كأن يعير زيد وعمرو فرسهما لبكر يوماً من هذا ويوماً من ذلك، أو يستعير زيد وعمرو فرس بكر يوماً لهذا ويوماً لذاك، أو يستعير زيد من عمرو فرسه وحماره يوماً هذا ويوماً

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٩١ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح١٨.

ذاك، أو يستعير زيد من عمرو كتابه في أول كل شهر يوماً، إلى غير ذلك من الأمثلة، بل لو منعنا العارية المرددة تصح هذه الأقسام من العواري، إذ لا شك فيها، ولا دليل على منعها حتى الأصل ونحوه.

وعلى أي حال، فقد عرف مما تقدم أن إشكال الجواهر على التذكرة التي أجازت العارية لغير المحصور من العدد نحو كل الناس أو أي أحد من الأشخاص، ومن دخل الدار، بقوله: (وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقدية أو ما في حكمها من المعاطاة بمثل ذلك، ضرورة عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين، وليست العارية حينئذ إلاّ إباحة، على أنه قد صرح في موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف، فجعل الأول عارية والثاني إباحة لعدم قصد انتفاع شخص بعينه، وعدم اعتبار المقارنة بين الإيجاب والقبول في العارية لا يقتضي جواز ذلك في الوكالة والوديعة وغيرهما على جهة تحقق عقدها بذلك) انتهى.

غير ظاهر الوجه، بل في مثل من أعدّ بساطه لكل ضيف يأتيه ويقول: أعرته لمن جلس عليه، إذا جلس عليه إنسان كان قبولاً للعارية فعلاً، وقد تقدم أن الإيجاب والقبول يصح بالقول وبالفعل.

(مسألة ٤): قال الشرائع: وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار، ومراده ما كان داخلاً في عقد العارية، إذ جريان العادة بدون الدخول في القصد لا يكفي، فإن العقود تتبع القصود، فلو أعار بساطاً اقتضت فرشه أو لحافاً التغطية به أو حيواناً الحمل عليه بالقدر المتعارف، أو ركوبه في الزمان الخاص والمكان الخاص والخصوصيات الخاصة المشمولة للعقد.

ولو تعددت منفعة العين و لم يكن ثم إنصراف إلى بعضها و لم يعين نوعاً خاصاً جاز الانتفاع بجميع الوجوه، كأن يركب على الدابة أو يركب عليها أو يحمل عليها أو يسفد بسببها الأنثى أو يربطها بالرحى أو بالناعور أو ما أشبه ذلك.

ولذا قال في المسالك بعد ذكر بعض الأمثلة التي ذكرناها: (ولو تعدد منفعة العين، فإن عين نوعاً تعين، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، وإن أطلق فالأقوى أنه كذلك).

نعم لو شك في شمول الإطلاق أو التعميم لبعض أقسام الانتفاع كان الأصل العدم، لأنه إنّما يجوز له التصرف بقدر شمول اللفظ قطعاً، فحيث يشك في شمول اللفظ لم يجز مثل ذلك الانتفاع.

ويشترط أن تكون المنفعة محللة، أمّا الانتفاع المحرم فلا يجوز، وإن أذن له المعير كمقاربة الحيوان مثلاً، وسيأتي بعض الكلام فيه عند ذكر الشرائع له.

ثم قال الشرائع: ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن، إلاّ أن يشترط ذلك في العارية.

أقول: أما عدم الضمان بدون الشرط فلأن النقص من طبيعة العارية، فإن استعمال الملابس والدور ونحوها يوجب أن تخلق، وهكذا بالنسبة إلى الأشياء المشابهة، ولذا لم يكن ضامناً حيث من طبيعة العارية مثل ذلك النقص، أمّا إذا لم يكن من المتعارف مثل ذلك النقص لم يشمل دليل العارية له ويوجب

الضمان، كما إذا استعار دابة فحملها فوق طاقتها مما سبب عطبها أو دبرها، أو استعار الدار ثم أسكن فيها فوق طاقة الدار، إلى غير ذلك من الأمثلة، إذ كل ذلك يشمله التعدي، وكذلك فيما إذا فرط.

والتعدي في كلام الشرائع أعم من التعدي والتفريط كما هو واضح.

أما إذا كان الشرط، فلدليل «المؤمنون عند شروطهم»[1]، ولذا قال في الجواهر: بناءً على اعتبار مثل هذا الشرط بالنص والإجماع على ما يشبهه كما تعرفه إن شاء الله، ولعل الوجه في ذلك واضح لأنه استعمال مأذون فيه، وبناء العارية على النقص بالاستعمال، وقول الصادق (عليه السلام) في صحيح ابن سنان المسئول فيه عن العارية: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً»[2].

وفي الرياض عند قول مصنفه: (ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع)، قال: (المأذون فيه لاستناده إلى السبب المأذون فيه، وقيل بضمان المتلف كما عن التقي لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً، ولا ريب فيما لا يتحقق التناول، وأما مع التحقق فالأول أجود، ولعله محل الفرض كما يظهر من التعليل المتقدم، ولكنه لم يثبت إلاّ بلفظ صريح، وفي ثبوته بالإطلاق إشكال لعدم الانصراف إلاّ إلى غير المتلف إلاّ مع القرينة المصرحة من عرف أو عادة فلا يضمن، كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح).

وهذا هو مقتضى القاعدة، قال في المسالك: (لما كان إطلاق الإذن أو تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤.

(٢) المستدرك: ج١ ص٥٠٧ الباب ١ من كتاب العارية ح٢.

وإن نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه، فإذا فرض حصول نقص في العين أو تلف لم يكن ذلك مضموناً لاستناد التلف إلى مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق، وما قطع به المصنف هو أصح القولين في المسألة، وفيه وجه آخر وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن باستعمال المتلف، وإن كان داخلاً في الإطلاق، نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن، وسيأتي الكلام فيه) انتهى.

فإن مقتضى القاعدة هو أن التلف المتعارف الداخل في العارية لا يوجب الضمان، لأن المالك هو الذي أباح له ذلك، ومن الواضح أن المالك يحق له مثل ذلك لأنه مسلط على ماله، أما إذا لم يكن ذلك التلف مشمولاً لكلام المعير كان موجباً للضمان، أمّا القول بأنه موجب للضمان مطلقاً فغير ظاهر الوجه، ولعل التقي (رحمه الله) أيضاً أراد ما لم يكن مشمولاً للعارية، وإلا فلا وجه ظاهر له.

ومنه يظهر عدم الفرق بين أقسام التلف إذا كان مشمولاً للإذن، فقول الجواهر: (لعل التأمل الجيد يقتضي أن هنا مقامين:

أحدهما: النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابة للركوب أو الحمل، ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثرة أو نحوها، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه للنص والفتوى.

الثاني: التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة إلى ذلك العين وهذا هو المناسب للإشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله وعدمه إلاّ مع التصريح، ولعل الضمان به حينئذ وجيه، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأنه بعد تسليم اقتضاء إطلاق عقد العارية ذلك الاستعمال، كما إذا أعاره مطلقاً بدون توقيت بوقت خاص فاستفاد منه استفادة متعارفة حتى انقضى عمره فمات مثلاً فأي وجه للضمان.

والحاصل: إن مقتضى القاعدة أن كل تعدّ وتفريط عن مقتضى عقد العارية يوجب الضمان، وإذا لم يكن تعد أو تفريط لم يوجب الضمان، ولو شك في أن تلفه هل كان بالتعدي والتفريط أم لا، كان مقتضى القاعدة عدم الضمان، لأن الضمان شيء حادث والأصل عدمه، وسيأتي بعض الكلام في ذلك أيضاً عند تعرض الشرائع له.

ثم لو كان التعدي موجباً لكثرة قيمته، فإن كان مشمولاً للإذن لم يكن التعدي موجباً للضمان، وإلا كان موجباً له، لأن المعيار الإذن المشتمل عليه العارية لا أكثرية القيمة وأقليته، فبعض أقسام السجادات التي إذا استعملت كثيراً وطرحت في الشارع ومرت عليها السيارات ونحوها أوجب أكثرية قيمتها، إذا فعل المستعير بها ذلك بدون إذن المالك وسبب ذلك ارتفاع القيمة لم يكن ذلك موجباً لعدم ضمانه لها.

نعم ذكرنا في كتاب الغصب ما يفيد أن عمل الذي بيده وإن كان غاصباً إذا أوجب زيادة العين أو القيمة كان مقتضى القاعدة الاشتراك بقدر حقه، لقوله سبحانه: ﴿ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1]، فسعي كل إنسان له حتى إذا كان غاصباً، ولا منافاة بين الحرمة التكليفية والملك وضعاً.

قال في الشرائع: (ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه).

---

(١) النجم: الآية ٢٩.

أقول: ذلك واضح لحرمة الصيد على المحرم، سواء أخذه المستعير بنفسه أو بوكيله، كما أنه ليس له أن يستأجر الصيد وإن لم يستعمله هو بنفسه وإنما يستعمله أهله أو ما أشبه ذلك، لما يستفاد من الأدلة الواردة في كتاب الحج، على ما ذكرناه مفصلا هناك.

ومقتضى القاعدة أن عقد الاستعارة فاسد، لا أنه حكم تكليفي فقط، إذ لم يجعل الشارع سلطة للمستعير على الصيد، فلما كان إثبات سلطنته على العين المستعارة ممنوعاً شرعاً لم تصح الاستعارة، كما لا تصح البيع والإجارة والصلح والهبة ونحوها.

قال في المسالك: (لا شبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم، لما ذكره المصنف من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسداً، يحتمله للنهي، وعدمه لأن المعاملات لا يبطلها النهي إلاّ بدليل خارج، وعبارة المصنف وغيره لا تدل على أحد الأمرين صريحاً لأن عدم الجواز أعم من الفساد كما ذكرناه. فعلى تقدير قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى، وبرئ من حق المالك، وإن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى لأنه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك، حتى لو كان المعير محرماً أيضاً فعلى كل واحد منهم فداء. ومقتضى عبارة المصنف وجماعة أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمة، لأنهم جعلوه من العواري المضمونة وإن لم يشترط فيها الضمان، ودليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أما مع صحته فالأصل في العارية عندنا أن يكون غير مضمونة إلاّ أن يدل دليل عليه، و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه.

وأمّا مع فسادها فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه ــ كما أسلفناه في مواضع ــ قاعدة كلية. ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع)[1].

وعلى أي حال، فصور استعارة المحرم من المحل الصيد ثلاث:

الأولى: أن لا يتعدى وإنما يتلف بنفسه، ومقتضى القاعدة عدم الضمان لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، حيث قد عرفت أن مقتضى القاعدة فساد العقد.

الثانية: أن يتعدى، ومقتضى القاعدة الضمان لقاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

الثالثة: إرسال الصيد، للأمر شرعاً بذلك، وهنا احتمالان:

الأول: الضمان، لأن أمر الشارع بالإرسال لا ينافي الضمان كما في أكل المخمصة وما أشبه.

والثاني: عدم الضمان، لأن المالك أهدر حقه بتسليمه الصيد إلى من يأمره الشارع بالإطلاق، لكن الضمان في الصورة الثالثة أقرب.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الإطلاقات وغيرها، والتي منها قول الجواهر.

وعلى كل حال، ظهر لك أنه لا وجه للإشكال في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه وقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت في يده من غير تفريط فيه، فيتوجه عليه الإشكال المزبور، وإن كان إطلاقهم يوهم ذلك،

(١) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٣٩ ــ ١٤٠.

لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذي ذكرناه، فإنه الموافق في ذكر مسألة المحرم بخصوصه.

فإن الإشكال وارد لكون ظاهرهم الإطلاق لا الصورة الخاصة التي ذكرها الجواهر، كما يرد الإشكال على المسالك بقوله: (ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع، وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على أن العارية غير مضمونة، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح غير واضح) انتهى.

إذ لا تعارض بين الأمرين بعد رؤية العرف ورود دليل العارية على دليل ضمان الصيد.

ثم إنه لا يبعد أن على آخذ الصيد من المحل وجوب الإرسال لا الرد على المالك لغلظة حكم الصيد. ولذا كان المحكي عن مقتضى كلام الشيخ في المبسوط، والمحقق في الشرائع، والمصنف، والعلامة في القواعد والتحرير، وصريح التذكرة: أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عيه إرساله وضمن للمالك قيمته، ولا يرد عليه ما ذكره في مفتاح الكرامة من أنه يشكل الحكم بوجوب إتلاف مال الغير، وحق الآدمي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر، فينبغي رده على مالكه وضمان الجزاء كما ذكره أخيراً في التذكرة.

لكن السيد العاملي قال بعد ذلك: (وقد يقال: لما كان أمر الصيد غليظاً قدم في المقام حق الله سبحانه على حق الناس) مما يظهر منه التردد أو الميل إلى قولهم.

أما إطلاق أن حق الآدمي مقدم على حق الله سبحانه فغير ظاهر، بل بين الأمرين

عموم من وجه كما يظهر من بعض الروايات.

نعم لا ينبغي الإشكال لو أنه سلمه إلى مالكه ولو لأمر الله سبحانه وتعالى لم يضمن للمالك، إذ احتمال أنه صار بحيث لا يقبل التملك حتى يكون تكليف المالك أيضاً إرساله فيكون المستعير ضامناً له، لأنه أخرجه عن ملكه، لا وجه له، ولذا كان المحكي عن التذكرة أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته، وأنه إن رده إلى المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقط عنه القيمة للمالك.

أما إذا أرسله المحرم فجاء إلى مالكه، أو أخذه المالك منه بالقوة حيثما أراد إرساله، أو خرج عن الإحرام حيث يسقط وجوب إرساله لانتفاء الموضوع فرده على مالكه، فإن مقتضى القاعدة عدم الضمان، وكذلك إذا مات في يده أو ذبحه مما يوجب تحريم لحمه، ولكن كان لحيّه وميته قيمة واحدة فأعطاه للمالك وقبله لم يضمن أيضاً.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل بأن أخذه بصورة العارية جاز أخذه للمحل للأصل، ولأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام فأخذه حينئذ منه كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك، فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نية الملك على الوجهين في تملك المباح، وحرمة الدفع إلى المحل على المحرم لتعين الإرسال عليه لا ينافي جواز الأخذ للمحل، وليس هو من الإعانة على المحرم قطعاً، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحل) انتهى.

وهو كما ذكراه، وإن كان مقتضى القاعدة الاحتياج إلى نية الملك على ما ذكرناه في كتاب إحياء الموات، فإذا أخذ الإنسان شيئاً من النبات أو الحيوان أو الماء أو ما أشبه بغير قصد الملك لا يملكه، واحتمال أنه يجب على المحرم الاستيلاء على

ذلك الصيد ولو بالقوة وإطلاق سراحه غير ظاهر، لأن ظاهر أدلة الإرسال وجوبه ما دام في يده، فإذا خرج عن يده تبدل الموضوع وبذلك يسقط الحكم.

أما وجوب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحل فذلك لما دل على أنه يجب عليه الفداء مما إطلاقه يشمل المقام، وإن كان فيه بعض التأمل.

لكن لا يخفى أن المقام ليس من الإعارة في شيء، وكأن عبارة الشرائع والقواعد وغيرهما بلفظ الإعارة من باب المشاكلة، فلا يرد عليهم اعتراض المحقق والشهيد الثانيين والمقدس الأردبيلي بأن المعار شرطه كونه ملكاً للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه، ولذا ردهم في مفتاح الكرامة بأن ليس هناك إلاّ صورة عارية، فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وأنه لا شيء للمحرم عليه، وإن فعل حراماً بالإعانة كما نبه عليه فخر الإسلام في شرح الإرشاد.

قال في محكي التذكرة: (لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل، فإن قلنا إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل لأنه إعارة ما ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديه بالإعارة، فإنه كان يجب عليه الإرسال) انتهى.

وحيث إن تفاصيل المسألة مرتبطة بكتاب الحج نكتفي منها بهذا القدر هنا، والله سبحانه العالم.

(**مسألة ٥**): قال في الشرائع: (ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم، كان الضمان على الغاصب، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة، ويرجع على الغاصب لأنه أذن في استيفائها بغير عوض، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب، وكذا لو تلف العين في يد المستعير).

أقول: مقتضى القاعدة هو القول الأول، ولا يبعد أن يكون هو المشهور بين الفقهاء لقاعدة «على اليد» وغيرها، فإن كل واحد من المعير والمستعير قد وضع يده على مال المالك، فكل واحد منهما ضامن للأصل فيما إذا كان له أجرة، والمنفعة فيما إذا كانت له منفعة، فإن استوفى المعير المنفعة ثم أعارها للمستعير كان للمالك الرجوع على المعير بالأصل وبالمنفعة، والرجوع على المستعير بالأصل دون المنفعة لأنه لم يضع اليد على المنفعة.

أما إذا استوفى المستعير المنفعة فللمالك الرجوع بهما عليه، كما أن له الرجوع بهما على المعير لصدق «على اليد» بالنسبة إلى الأصل والمنفعة، كما ذكروا ذلك في مسألة ترتب الأيدي في كتاب الغصب.

لا يقال: إن المعير لم يضع اليد على المنفعة، والمفروض أن المنفعة تلفت عند المستعير فلا يشمل «على اليد» المعير بالنسبة إلى المنفعة.

لأنه يقال: إنه السبب، والمباشر والسبب كلاهما شريكان، نعم المستعير الجاهل بالغصبية يرجع على الغاصب، لأن الغاصب هو الذي أذن له في استيفائها بغير عوض، سواء في ذلك الأجرة والعين إذا تلفت العين أو المنفعة، وأن المعير هو الغار للمستعير فيرجع عليه لقاعدة «المغرور يرجع على من غره».

أما الوجه الذي ذكره الشرائع من تعلق الضمان بالغاصب حسب، وتبعه

العلامة في ذلك، بمعنى أنه ليس له الرجوع على المستعير، فكأنه لأن المستعير جاهل مغرور والغاصب عالم غار، فصار الغاصب أولى في نسبة الإتلاف إليه، بالإضافة إلى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فإن المستعير لا يضمن بصحيح العارية، فكذلك لا يضمن بفاسدها، ولذا لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير.

وربما استدل لذلك بأن الرجوع على المستعير ظلم محض لأنه جاهل، بضميمة «رفع ما لا يعلمون» وشبهه، لكن في الكل نظر، فإن «على اليد»[1] يشملهما معاً، وقاعدة «ما لا يضمن» لا تشمل أموال الناس، والجهل لا يرفع الحكم الوضعي، بل الحكم التكليفي.

ويؤيد ذلك ما رواه وهب، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): إن علياً (عليه السلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»[2]، بناءً على ما حمله الشيخ على من استعار بغير إذن المالك.

وعن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»[3].

ومما تقدم يظهر الوجه في قول القواعد في أسباب الضمان: (أو استعار من المستعير).

وفي مفتاح الكرامة: (أي يضمن سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانة أو يد ضمان، لأنه استولى

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٨ الباب ١ من أبواب العارية ح١١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العارية ح١.

بغير إذن المالك، لأنها عارية من غير المالك فكانت غصباً في الحقيقة لا عارية، ولما كانت في صورة العارية أجروا عليها اللفظ)[1].

ولقد أجاد الجواهر حيث رد شمول قاعدة «ما لا يضمن» في المقام بقوله: (من المعلوم أن المسلم من هذه القاعدة ما وافق الأدلة منها، ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها، وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه ما يترتب على الصحيح، بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه كما هو واضح، وليس في الأدلة ما يوافق مضمونها، بل قد عرفت أن قاعدة اليد وعموم «من أتلف» والمرسل والخبر تقضي الضمان، وإن اقتضت قاعدة الغرور الرجوع على الغاصب.

ودعوى الإجماع عليها معلومة الفساد في المقام، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، وإن رجع بقاعدة الغرور، كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان بالعارية للمقام لأنها اسم للأعم من الصحيح والفاسد، ضرورة تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهرة بين الأصحاب التي هي المرجحة أيضاً لعموم «من »أتلف و«على اليد» عليه، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الأحكام فلا تعارض حينئذ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعدة المزبورة أو خارجاً عنها كحال العلم للمستعير).

هذا بالإضافة إلى أنه قد حققنا في (الأصول) أن الأسامى ليست اسماً للأعم من الصحيح والفاسد، وإنما اسم للصحيح فقط، والفاسد إنما يسمى بتلك الأسامي للمشاكلة، فهو من باب المجاز.

هذا ولكن يستثنى من رجوع المستعير إلى المعير فيما كان المستعير جاهلاً ما إذا شرط المعير الضمان عليه، فإنه حينئذ ليس مغروراً حتى «يرجع إلى من غر»[2].

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٣٩ ــ ٤٤٠.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح٦.

ولذا قال الجواهر: (الظاهر أن المعير يرجع على المستعير بقيمة العين لو رجع عليه المالك، وإن كان جاهلاً كان قد أقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان، أو كانت ذهباً أو فضة، لعدم غروره حينئذ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضي الضمان من تعد أو تفريط.

نعم لا يرجع عليه الغاصب بعوض المنافع التي استوفاها المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه المالك لإقدامه عليها مجاناً، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور.

أقول: ومن التعدي والتفريط ما إذا أعاره الغاصب شهراً ثم لم يرد المستعير المغصوب على الغاصب بعد الشهر وتلف عند ذلك في يده، لعدم شمول قاعدة الغرور له.

ولا يخفى أن العلم والجهل من باب المثال، وإلا فالمراد قيام الحجة وعدم قيام الحجة، فإذا قامت البينة عند المستعير بالغصبية كفت في سقوط غروره.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع أخيراً: (أما لو كان عالماً كان ضامناً ولم يرجع على الغاصب، ولو أغرم الغاصب رجع على المستعير، ولو ادعى المستعير الجهل حتى يرفع الضمان عن نفسه والمعير علمه كان الأصل مع المستعير إلاّ أن يثبت المعير ما ادعاه بالبينة ونحوها).

ومما تقدم ظهر وجه النظر فيما حكي عن التذكرة، حيث قال: (لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضمن واستقر الضمان عليه، لأن التلف حصل في يده، ولا يرجع على المعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير).

لوضوح جريان قاعدة الغرور بالنسبة إلى الجاهل، فكون التلف حصل في يده لا يوجب ضمانه، بمعنى لايوجب استقرار الضمان عليه مطلقاً، وإنما

هو كذلك في صورة علمه، وإلا ففي صورة جهله يرجع على المعير، كما أنه ليس للمعير الرجوع على المستعير إذا كان المستعير جاهلاً فيما إذا رجع المالك على المعير.

ولذا الذي ذكرناه قال في الرياض ممزوجاً مع المتن: (ولو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلاً من المنفعة والعين مع التلف مطلقاً، ولو لم تكن عارية مضمونة، وكذا لو كان جاهلاً، لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب إلاّ إذا كانت مضمونة فيضمن العين خاصة، وللمالك في المقامين إلزام أيهما شاء بالعين التالفة وما استوفاه من العين، فإن لزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض عنها عن العين لو تلفت، ولا كذلك مع علمه لاستقرار الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه) إلى أن قال: (ولا خلاف في شيء من ذلك فيما أجده إلاّ من الماتن في الشرائع والفاضل في القواعد فلم يجوزا رجوع المالك إلى المستعير مع جهله).

ثم إن المسالك في صورة علم المستعير بالغصب قال: (إن رجوع المالك على أيهما شاء فيما إذا تساوت قيمتها في أيديهما أو زادت في يد المستعير، أما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير، فما يرجع به المالك على المستعير لا يرجع به الغاصب عليه لرجوع المالك عليه ابتداءً) انتهى.

والوجه أنه لو كانت القيمة في يد الغاصب أكثر من يد المستعير لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير في التفاوت، وإنما يرجع على المستعير بأصل القيمة وعلى الغاصب بالتفاوت، أما على المستعير بأصل القيمة فلقاعدة «على اليد»[1]،

---

(١) المستدرك: ج١٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

و«من أتلف»[1]، وأما على الغاصب بالتفاوت لأن التفاوت ذهب من كيس المالك بسبب الغاصب وعنده فيشمله قاعدة اليد وغيرها، وأما إذا كان في يد الغاصب أقل قيمة، فإن للمالك أن يرجع بالكل على المستعير أصلاً وتفاوتاً، لأن الكل تلف في يد المستعير.

ومما ذكر يعلم أنه لو كان التفاوت في القيمة بين بلدين لأجل التضخم والتنزل، فالمالك إذا رجع إلى بلد ارتفاع القيمة يأخذ المرتفع، وإذا رجع إلى بلد انخفاض القيمة يأخذ المنخفض، فإذا كان الغصب في بغداد وسلمه الغاصب إلى المستعير في البصرة، والقيمة في بغداد دينار وفي البصرة ديناران، فإن رجع إلى من في بغداد أعطاه ديناراً، وإن رجع إلى من في البصرة أعطاه دينارين، لوضوح أن الدينار في بغداد يساوي الدينارين في البصرة وبالعكس، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الغصب، وأنه لو رجع المالك على الغاصب بين البلدين ماذا يكون الحكم، فلا داعي إلى تكراره.

ثم إذا كان المستعير جاهلاً حين الاستعاره ثم علم بالغصبية كان من أفراد العالم، ولو انعكس بأن كان عالماً ثم جهل، مثل ما إذا قامت البينة عنده ثم ظهر فسقهم كان من أفراد الجاهل.

والظاهر أن العلم الساري بعد التلف لا يوجب استقرار الضمان عليه، أما الجهل الساري فلا يرفع الضمان، لأنه حين التلف لم يكن مغروراً، فلا تشمله قاعدة الغرور.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٣٨ الباب ١٠ من كتاب الشهادات ح٢.

(**مسألة ٦**): قال في الشرائع: (في العين المستعارة، وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب والدار).

أقول: وذلك لأنه هو مقتضى العارية، فما يتلف عينه لا يصح الاستعارة فيه على جهة تلف العين، مثلاً قد يستعير الماء لمجرد الإراءة، وقد يستعير الماء للشرب، ففي الأول تصح العارية، أما في الثاني فلا تصح.

ومنه يعلم صحة عارية الدينار والدرهم للتزيين بها أو الارتهان أو نحو ذلك، والسيارة والطائرة وغيرها، نعم سيأتي استعارة المنحة مما لا يبعد أن يكون مثل استعارة الدار ملحقاً بها في من يستفيد من ماء البئر التي فيها، إلى غير ذلك.

قال في القواعد: (شرط المستعار أن يكون منتفعاً به مع بقائه كالثوب للبس والدابة للركوب والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمة فإن منفعتها في استهلاكها، والأقرب جواز إعارة الدارهم والدنانير إن فرضت لها منفعة حكمية كالتزين بها والضرب على طبعها).

وقال في التذكرة: (المستعار له شرطان، كونه منتفعاً به مع بقاء عينه وإباحة المنفعة، فكلما ينتفع به انتفاعاً محللاً مع بقاء عينه تصح إعارته، كالعقارات والدواب والعبيد والثياب والأقمشة والأمتعة والصفر والحلي والفحل للضراب والكلب للصيد، وأشباه ذلك بلا خلاف).

وفي مفتاح الكرامة: إن غرض التذكرة نفي الخلاف بين المسلمين، وكذلك نقل نفي الخلاف عن الرياض، وعن المبسوط يجوز استعارة الحيوان الذي فيه منفعة وهو إجماع.

أقول: ومنه يعلم أنه لا يصح إعارة أواني الذهب والفضة للأكل والشرب، وإعارة كلب الصيد للهو والطرب المحرم، وإلا فليس كل لهو وطرب محرم

شرعاً كما حقق في كتاب المكاسب، وكذلك إعارة الجواري للاستمتاع بهن على ما يأتي الكلام في ذلك.

وهكذا لا يصح إعارة الحيوان لعمل محرم معه إذا كان تلك الخصوصيات من باب القيد، وأما إذا كانت من باب الداعي فلا إشكال، لأن الداعي لا يؤثر في الصحة والبطلان، أما إذا كان على نحو الشرط، فقد حقق في محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، وعليه يكون الشرط مثل الداعي من هذه الجهة.

ثم إن الرياض بعد كلامه السابق قال: (لا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال إلاّ في المقصود بقولهم: لا يجوز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلاّ لإتلافه، فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله: أعرتكه مع القرينة، فإن المعيار في جوازه هو رضاه به، وقد حصل في محل الفرض، وإن هو حينئذ إلاّ كالهبة والإباحة وإن عبر عنهما بلفظ العارية ولا مدخل للّفظ الفاسد معناه في اللغة والعرف. نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلاّ به اتجه ما ذكروه، لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ولو بالالتزام، ودلالة لفظ العارية مجردة على الإتلاف فاسدة لعدم استنادها إلى عرف أو لغة، لأن وضع العارية فيهما بحكم الوضع والتبادر إنما هو لما يتم الانتفاع به مع بقاء عينه، ولعل هذا مراد الأصحاب) انتهى.

وفيه: إن قولهم إنما هو في الإعارة المصطلحة التي دل عليها النص والفتوى والعرف فهي تنافي التصرف المتلف، وإن أراد جواز التصرف المتلف بإجازة المالك وقصده فليس ذلك بإعارة مصطلحة فلا يرد الإشكال على كلامهم، بل حال المقام حال ما إذا أجاره وأجاز تلفه، أو ضاربه وأجاز تلفه، أو ما أشبه ذلك، فهل مثل هذه الإجازات تنافي تعريف الإجارة والمضاربة ونحوهما.

ومما ذكرناه يظهر أنه لا تصل النوبة إلى الضمان المتأخر عما ذكرناه، فقول الجواهر في رد الرياض: (قلت: يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الإتلاف المزبور وإن كان بالإذن إلاّ أنها بعنوان العارية زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً، ودعوى كونه هبة أو إباحة وإن كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان إلاّ أن ينصب قرينة على إرادتهما من اللفظ المزبور، وقد ذكرنا سابقاً أن كثيراً من أفراد العقود يميزها القصد، فمتى وقع منه بهذا العنوان والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجر عليه شيء من حكمه، بل يجري عليه ما تقتضيه القواعد في مثله) انتهى.

محل نظر، بالإضافة إلى أنه خلط بين عالم الإثبات وعالم الثبوت.

أما قول الجواهر أخيراً: (نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ومن خروجه عن أصل موضوع العارية حتى الفاسد، ولعل الأخير هو الأقوى في النظر) فلا يخفى ما فيه، إذ لو أظهر المالك الرضا بالإتلاف وأقام على ذلك القرينة كان مشمولاً للاستثناء في قوله (عليه الصلاة والسلام): «لا يحل مال امرئ إلاّ بطيبة نفسه»[1]. فإن طيبة الناس المظهرة بالرضا كافية في عدم الضمان، فلا حاجة إلى قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه» في عدم الضمان، وقد ذكر مفتاح الكرامة بعض كلام الرياض فراجعه.

ثم إن مرادهم مع بقاء عينه بقاء معظم العين عند الانتفاع بها، وإلا فلا إشكال في أن مثل الثوب وما أشبه يسبب استعماله ذهاب بعضه، لكنه لا ينافي العارية.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص١١٤ الباب ١٢ من صفات القاضي ح٨.

ومنه يعلم أنه لو أعار الكر من الماء وما أشبه للتطهير والاغتسال والتوضي وما أشبه صح، لأن الذاهب منه بأمثال هذه الاستعمالات ليس شيئاً كثيراً، وإنما هو كالذاهب من الثوب ونحوه بالاستعمال، أما إعارة مثل المصباح المنير ونحوه فالظاهر صحته أيضاً، فإن الذي يذهب منه من النفط ونحوه إنما هو مثل ما يذهب من المنحة من اللبن ومن الدار من ماء البئر ونحوهما.

والحاصل: إن الإعارة أمر عرفي قرره الشارع، فكل مورد يرى العرف صحة الإعارة فيه تصح.

(مسألة ٧): قال في الشرائع: (وتصح استعارة الأرض للزراعة والغرس والبناء، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، وقيل يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع، والأول أشبه).

أقول: كما تصح استعارة الأرض لما ذكره كذلك، تصح استعارة الأرض لحفر البئر والقناة والساقية ونصب المنارة وما أشبه، وكذا تصح استعارتها لجعلها مخزناً أوموقفاً للسيارات أومحلاً للسفن أو نحو ذلك، ومقتضى القاعدة بالنسبة إلى الأقوى والمساوي والأدون أنه كلما كان اللفظ شاملاً له ولو بالارتكاز صح، وكل ما لم يشمله اللفظ ولو بالارتكاز لم يصح، ولعل الخلاف بين الفقهاء في المساوي والأدون والأقوى من باب النزاع اللفظي، إذ لا دليل خاص في المسألة.

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأضر: (أما عدم جواز التخطي إلى الأضر فقد اتفقت عليه الفتاوي من دون خلاف أصلاً، وأما جواز التخطي إلى المساوي والأدون فهو صريح التذكرة والتحرير، وإليه مال أو به قال المقدس الأردبيلي وصريح المبسوط والغنية والسرائر والرياض في جواز التخطي إلى الأدون، وهو قضية كلام المبسوط في المساوي، وفي المبسوط أنه لو أذن له في الغرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف وهو يقضي بنفيه هنا أيضاً. وفي جامع المقاصد أن ظاهر كلامهم أن الحكم بجواز التخطي إلى المساوي والأدون إجماعي وإلا فهو مشكل، والمنع فيهما أيضاً ظاهر الإرشاد واللمعة وصريح الروضة والمسالك والكفاية، وصاحب الرياض منع المساوي وأجاز الأدون ولا ترجيح في المفاتيح)، انتهى كلام مفتاح الكرامة.

أقول: حيث لا إجماع في المسألة حتى بالنسبة إلى الأضر فيما إذا فهم من اللفظ بحسب الارتكاز لم يكن وجه للتفصيلات المذكورة، وإنما المعيار ما ذكرناه، ولذا قال في الجواهر: (إن القواعد تقتضي عدم جواز التعدي عن غير المأذون وإن كان أدون أو مساوياً، بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الإذن، ودعوى الانتقال إليه من الإذن في المعين للمساواة أو الأولوية واضحة المنع، فإن المساواة في الانتفاع بالنسبة إلى الأرض أو الدون لا تقتضي المساواة في الإذن كما هو واضح، نعم لو أريد من التعيين التقدير في الإذن في المنفعة ولو بالقرينة اتجه حينئذ التخطي وإلا فلا، من غير فرق بين المساوي والأدنى).

وقد عرفت أن القاعدة إضافة (والأقوى) إذ لا فرق بين الثلاثة في شمول اللفظ ولو ارتكازاً، وعدم شمولها ولو ارتكازاً، وكأنهم رأوا أن الأضر غير مشمول إطلاقاً، ولذا لم يذكروه، أما إذا لم يشمل أحد الثلاثة اللفظ فإنه ليس من العارية في شيء، وإن علم الإنسان أن المعير راض بالعمل به، فإن العمل بذلك من باب الرضا لا من باب الإعارة.

والحاصل: أنه فرق بين الرضا المقترن بالقرينة الموجبة لدخول الثلاثة في العارية والرضا بدون ذلك، حيث يكون الثاني من قبيل رضى الصديق بدخول الصديق داره أو ما أشبه، ولا يعد ذلك من العارية التي هى عقد من العقود، ومن ذلك يعرف أنه لو لم يكن الرضا و لم يكن داخلاً في العقد وتصرف بأحد الثلاثة كان عليه الأجرة للمالك، لأنه تصرف غير مأذون فيه، فيشمله دليل «لا يتوى» و«على اليد» ونحوهما، ومثل ذلك لو استعار الدابة فأعارها له للحمل فربطها بالناعور أو الرحى أو ما أشبه ذلك، فإن له عليه الأجرة.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال بعد نقل كلامهم: (قلت: ينبغي عدم التأمل في جواز التخطي إلى الأدون للأولوية العرفية، ولا يقدح فيها اختلاف الأغراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصية، ومراعاة ذلك في عدم الأخذ بالأولوية في المسألة يوجب انسداد باب إثبات الأحكام الشرعية بها و لم يقولوا به. نعم لو علم قصد الخصوصية بالنهي عنه كما يأتي اتجه المنع، وأما في المساوي فلا يبعد الجواز، لأن العرف يقضي بعدم التضييق في مثل ذلك، إذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعين غالباً، ويشهد له قولهم في الدابة المستأجرة بجواز إركاب المساوي لما إجارتها له، ولعله لا إشكال مع القرينة بأن المقصود غير متعلق بالمعين فليتأمل).

ثم إن القواعد قال: (ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأضر، ولو نهاه حرم وعليه الأجرة لو فعله، والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي للإطلاق)، وقد نقل هذا مفتاح الكرامة عن الإيضاح والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض، وعلل الفرق بأنه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض، فالزائد هو المضمون خاصة لأنه غير المأذون، وهذا لا يقضي بالإسقاط مع التصريح بالنهي.

وبعبارة أخرى: إنه مع عدم النهي عن التخطي استفاد بالإذن في الزرع المخصوص استفادة المنفعة المخصوصة في ضمن أي فردكان، فحيث يخطى إلى الأضر كان مقدار منفعة المأذون مباحاً له خاصة فيضمن الزائد فقط، لكن لا يخفى ما في الفرق المذكور، ولذا قال في الجواهر في رد القواعد: (فيه إن التخطي في الحالين غير مأذون فيه، أقصاه أنه في إحداهما نص على المنع، وفي الأخرى جاء

المنع من أصل الشرع، فهو كمن استوفى منفعة ملك غيره بغير إذنه أو مع نهيه بالنسبة إلى استحقاق الأجرة).

أقول: بل يمكن أن يقال: بأن النهي في كليهما من المالك، منتهى الأمر النهي في صورة النص منصوص، وفي غير صورة النص على القاعدة الأولية، فإن كل مالك لا يجوز التصرف في أمواله مطلقاً إلاّ ما أخرجه بنص ونحوه، وحيث لم يكن نص كان داخلاً في القاعدة الأولية المالكية، والشارع إنما قرر الملكية المالكية لا أنه أتى بشيء جديد، وكأن الجواهر أخذ ما ذكره من المحقق والشهيد الثانيين على ما نقله مفتاح الكرامة، ثم قال: (وهو خيرة الكفاية على تأمل له والرياض وظاهر الروضة).

ومما تقدم علم عدم الفرق بين التخطي إلى الأضر أو المساوي أو الأقل، لأنه لا فرق في كل ذلك على ما تقدم.

ثم إن القواعد قال: (بخلاف حمل الأكثر)، وقال في مفتاح الكرامة: (أي إذا أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فزاد عليه، فإنه يضمن أجرة الزائد قولاً واحداً كما في جامع المقاصد، ويتحقق إسقاط قدر المأذون فيه قطعاً كما في الحواشي والمسالك، وعليه نص في الروضة والكفاية والرياض، لأن المأذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها فلا أجر له بخلاف النوع المخالف) انتهى.

وفيه تأمل واضح، إذ المعيار قدر إجازة المالك، فإنه قد يجيز الأقل بشرط لا، وقد يجيز الأقل لا بشرط، فإذا كانت الإجازة في الأقل بشرط لا، لا معنى لكونه مجيزاً للأقل في ضمن الأكثر، فيكون على المستعير التفاوت فقط، بل ينبغي أن يكون عليه كل الأجرة، ولذا قال في الجواهر: (إن السقوط لأجرة قدر المأذون لا يخلو أيضاً من نظر، ضرورة ظهور تقييد الإذن في الأقل بعدم دخوله في ضمن

الأكثر فيستحق حينئذ أجرة الجميع، والأولى جعل المدار على ما يفهم من العبارة، ولعله مختلف، والأصل اختصاص الغرامة للزائد وهو مراد الجماعة) انتهى.

لكنك قد عرفت أن ما جعله الأولى هو المتعين لا ما تقدم على الأولى من إطلاق أجرة الجميع.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا أجاز له أن يركب فركب وأركب أو حمل، أو أجاز له أن يحمل فحمل وركب أو أركب أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال ما إذا أجاز له حمل شيء معين فحمل شيئاً آخر أضر أو أنفع أو مساو، إذ بعض الأحمال يؤذي الحيوان بينما بعض الأحمال ينفع الحيوان، فتحميله الماء في الشتاء يوجب ضرره بينما تحميله الماء في الصيف يوجب نفعه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد أشار إلى بعض ذلك مفتاح الكرامة، حيث قال: (ومثله ما لو زرع المأذون وغيره، وما لو ركبها وأردف غيره)، وتبعه الجواهر.

ومنه يعلم حال ما إذا بعّض، مثلاً استعار دابة زيد للسفر من النجف إلى كربلاء بأن يركبها، فركبها نصف الطريق وأركبها غيره نصف الطريق معه أو بدونه، أو حملها أو ما أشبه ذلك، فإنه إذا كان مقيداً كان عليه كل الأجرة، وإن كان مطلقاً أي غير مقيد، كان عليه بعض الأجرة، مثلاً إذا قيده بأن يسافر من كربلاء إلى النجف بنفسه على الدابة حتى أنه إذا لم يركب بعض الطريق عليها كان له كل الأجرة كان عليه كل الأجرة، وإن لم يكن التقييد كان عليه بعض الأجرة.

واذا أعاره الأرض إعارة أن لا يستعملها، أو الدابة أن لا يركب أو يحمل عليها، فاستعملها أو ركبها كان عليه الأجرة، ولو انعكس بأن أعاره الدابة أو الأرض ليزرعها ويركبها أو يحملها فلم يفعل، فالظاهر أن عليه الأجرة، إذ حاله حال من

غصب دابة أو أرض غيره و لم يستعملها، فإن الغاصب عليه أجرة ما فات من منافع المغصوب، ولو لم يستفد الغاصب منه.

ومما تقدم ظهر حكم أمثال تلك الأمور، كما إذا استعار حوض ماء للاغتسال فيه، فلم يستعمله في الاغتسال، إما بأن لم يستعمله أصلاً أو استعمله باغتسال غيره أو بغسل الأواني فيه أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال استعارة السفينة والسيارة والطائرة والقطار وما أشبه.

أما لو استعار منه المصباح للاستنارة به فقط، فاستنار هو وغيره به أو لم يستنر، فمقتضى القاعدة أن كل ما يعد في العرف ملكاً لصاحب المصباح يكون خلافه غصباً، بخلاف ما لا يكون ملكاً لصاحب المصباح من استنارة الغير، وكذلك استبراد الغير بسبب المبرّدة، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب إحياء الموات.

(مسألة ٨): قال في الشرائع: (وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة، كفحل الضراب والكلب والسنور، والعبد للخدمة والمملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها).

أقول: وذلك هو مقتضى القاعدة لإطلاق أدلة العارية بعد كون عارية هذه الأمور عرفية، وكثيراً ما تكون فيها منافع غير الاقتناء أيضاً، ولا يضر في استعارة فحل الضراب إتلاف عين مائه لأنه من التوابع للنزو وإدخال الفرج ونحوهما التي لا تقدح أو علم بالسيرة جوازها كما في الجواهر، والكلب فائدته الحراسة ونحوها، والسنور فائدته اصطياد الحشرات.

قال في الجواهر بعد ذكر الكلب والسنور وغيرهما من الحيوانات المملوكة: (وإن لم يكن لها منفعة يصح التكسب بها، ضرورة وضوح الفرق بين سفه التكسب والإباحة بلا عوض).

أقول: وقد ذكرنا في باب المكاسب أنه يصح التكسب بمثل الكلب والسنور لعدم السفه.

ومما تقدم يعلم الكلام في التعدي، كما إذا استعار الكلب للاصطياد فاستخدمه في الحراسة أو بالعكس أو فيهما، أو استعاره للاصطياد كل يوم مرة فاستعمله كل يوم مرتين أو لم يستعمله لوحدة الملاك في الجميع.

ثم الظاهر صحة استعارة الديكة والاكبش ونحوها لأجل المصارعة، فإنها منفعة محللة شرعاً إذا لم يكن من القسم الحرام، فيجوز الاستعارة والاستجارة لأجلها، أما استعارة الحيوان لأجل أن يكون مترياً عليها بسبب حيوانه، فإن عد منفعة عقلائية جاز، وإن لم يعد لم تصح الاستعارة، مثلاً دابته إذا لم تنز على الأنثى سبب لها المرض مما يبيح استعارة الأنثى لأجل ذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإن أخطأ النازي مما سبب شروخاً في الأنثى رجع الأمر إلى كونه تعدياً وتفريطاً في الضمان وعدمه.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (ويجوز استعارة الشاة للحلب وهى المنحة).

وفي الجواهر: (لا خلاف ظاهراً فيه كما اعترف به بعضهم، بل عن بعض متأخري المتأخرين الإجماع عليه).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: واستعارة الشاة للحلب إجماعاً: (كما في المسالك على تأمل له في تحققه، ومجمع البرهان والمفاتيح، وفي موضع آخر من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه، وفي الكفاية وموضع آخر من مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فيه، وقد أخذه جماعة من باب الإجارة مسلماً، وظاهرهم أنه إجماعي، وبالحكم صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ومجمع البرهان) انتهى.

والظاهر أنه هو مقتضى القاعدة، لأن اللبن حاله حال المني في استعارة فحل الضراب، فلا فرق بينهما، فإن العرف يرى استعارتهما للأمرين المذكورين كما تقدم في استعارة الدار واستعمال ماء بئرها، فلا يقال: إن العين حيث تذهب لا يكون الأمر من الاستعارة، إذ لما رآه العرف كذلك شمله الدليل الشرعي.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر قال: (إن تم الإجماع كان حجة في مخالفة الضابط السابق لا الأصل المقطوع بما سمعت، ولا تسلط الناس على أموالها الذي لا يقتضي مشروعية العارية، ولا كونه كالوكالة في الانتفاع ولا الحاجة إليها كي يناسب شرعها سهولة الملة وسماحتها، ولا غير ذلك مما ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لإثبات مشروعيتها عارية المنافي للضابط السابق، بناءً على أن المنفعة إذا كانت عيناً لا تبطل، وإن سميت منفعة وصح تسجيلها في الوقف، إلاّ أن مورد الإجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع إلاّ ما

خرج بالدليل للإجماع بحسب الظاهر على ذلك، ولأنه المتيقن من النص والفتوى، وحينئذ فلابد لعارية المنحة من دليل وليس إلاّ الإجماع إن تم، إذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدلالة عليها، نعم في التذكرة الاستدلال عليها بما عن النبي (صلى الله عليه وآله): «العارية مؤدات والمنحة مردودة والدين يقضى والغريم غارم»[1]، وهو مع أنه من طرق العامة لا دلالة فيه إلاّ على مشروعية المنحة التي يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة أيضاً، وهو لا يقتضي كونها عارية، بل لعله ضرب من الإباحة، بل لعل الخبر المزبور ظاهر في كونها ليست من العارية) انتهى.

فإن بعض ما ذكره وإن كان صحيحاً إلاّ أن ما ذكرناه من الدليل كاف لعدم الاحتياج إلى الإجماع، والإجماع يكون مؤيداً له، وقد روى هذه الرواية غوالي اللئالي، عن أبي أمامة الباهلي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه خطب يوم فتح مكة فقال: «العارية مردودة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»[2]، ولا دلالة على أن العلامة أو غيره نقلها عن كتب العامة كما قاله الجواهر، لأنهم كانوا قادرين على ما لم نقدر عليه من الروايات، ولا ظهور في الخبر على كون المنحة ليست من العارية، لأن تعارف شيء يوجب التنصيص عليه، فهو من ذكر الخاص بعد العام، فجعله قسماً من الإباحة غير ظاهر.

ومنه يعلم أنه يمكن التعدي من المنحة إلى ما أشبه، مثل استعارة الحيوانات الأخر للاستحلاب أو للتبييض والاستفراخ أو للّبن والصوف والشعر والوبر وما أشبه، بل وكذلك استعارة الأمة للإرضاع، ولذا قال في القواعد عطفاً على عبارته

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩١ الباب ٢ من أبواب الضمان ح٢.

(٢) العوالي: ج٣ ص٢٤١ الباب الضمان ح١.

السابقة: وكذا غيرها.

وعن التذكرة أنه قال: تجوز إعارة الغنم للصوف والشعر، ثم استدل عليه بأن الحكمة تقتضيه، وبالرواية المتقدمة عن النبي (صلى الله عليه وآله)، وبما رواه الحلبي في الحسن، عن الصادق (عليه السلام)، في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا، قال: «لا بأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن»[1].

وعن عبد الله بن سنان في الصحيح، أنه سأل الصادق (عليه الصلاة والسلام) عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة، لكل شاة كذا وكذا في كل شهر، قال: «لا بأس بالدراهم فأما السمن فلا أحب ذلك إلاّ أن تكون حوالب فلا بأس»[2].

قال: وإذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

والظاهر أن مراد العلامة أنه إذا جاز إعطاء الغنم في قبال أن يأخذ مالاً جاز إعطاؤه بدون أن يأخذ مالاً بطريق أولى، والإعطاء كذلك هو العارية، وليس مراده ما عن مجمع البرهان حيث قال: إن مراده أنه إذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعي من الرعي والحفظ فإعطاؤه بلا عوض يكون جائزاً بالطريق الأولى.

أو ما قاله مفتاح الكرامة: (من أن مراده إذا جاز إعطاء اللبن بالسمن والدارهم فإعطاؤه بدون ذلك أولى، والأولوية التي ذكرناها مراداً للعلامة لا يبعد فهم العرف إياها من الرواية، خصوصاً ومصارف العارية غالباً على المستعير، وإن صح أن تكون مصارفها على المعير، كما إذا كانت الدار المستعارة يصرفها عليها المعير لا المستعير.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح١.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٤.

وكذلك بالنسبة إلى الدابة المستعارة يعلفها المعير دون المستعير، إلى غير ذلك من الأمثلة، فجعل الجواهر استدلال العلامة بالروايتين أغرب محل تأمل، كما أن قوله بعد ذلك: (وأغرب من ذلك ما عن الغنية في باب الهبة، ومن منح غيره بقرة أو ناقة أو شاة لينتفع بلبنها مدة لزمه الوفاء بذلك إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه، إذ هو كما ترى لا يدخل في الهبة قربةً إلى الله تعالى لتجدد الحلب آناً فآناً، كما لا دليل على لزومها منحة أو عارية ما لم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح). محل تأمل أيضاً، إذ قوله (عليه الصلاة والسلام): «ما كان لله فلا رجعة فيه» يشمل مثل ذلك عرفاً، فإن التجدد آناً فآناً داخل في الملك كما يدخل فيه تجدد الماء في العين أو البئر وتجدد الثمر وما أشبه. وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول الرياض، ويستثنى من مورد المنع حيث يثبت المنحة بالكسر وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها، وقد أجمعوا عليه كما في المسالك والتذكرة وغيرهما من كتب الجماعة وهو الحجة دون الرواية لضعفها، ثم منهم من اقتصر على المجمع عليه، ومنهم من عدى الحكم إلى غير الشاة من الأنعام ومن غير الانعام، وإلى غير اللبن من الصوف والشعر، والأول أظهر، ولعله مختار الأكثر اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتقين) انتهى.

إذ قد عرفت أن الأصل من العرف الذين يرون صحة العارية في مثل ذلك كله، ولا يبعد أن يكون مرادهم من الشاة الأعم من الضأن والمعز، لإطلاق الشاة على ذلك كله، بالإضافة إلى أنه يمكن التمسك بالمناط إذا خصصنا الشاة بالضأن.

ولو أعاره الشاة قبل أن تدر اللبن فدرت كان المتبع قصد المعير.

وعلى أي حال، تصح إعارة النخلة والزيتونة والتينة والتوتة وسائر الأشجار التي ينتفع بأثمارها وأوراقها وأخشابها، وكذلك إعارة النحل ودود القز وغيرها وأن كل ذلك تسمى منفعة عرفاً، وإن كانت فيها الأعيان أيضاً، بل حتى لو سلم أنها ليست عارية لها أحكامها فهي عقد عقلائي يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]، كما ذكرنا شبه ذلك في أواخر الشرح، وذكره جملة آخرون من الفقهاء.

وفي مفتاح الكرامة: (تصح إعارة النخل والزيتون والتين والتوت وغيرها من الأشجار التي ينتفع بأثمارها أو أوراقها، لأن العارية إباحة النخلة، فإن لم تسمه عارية فبأي عقد تدخلها، بل تصح استعارة الجارية للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك، وقد يقال: إنها نوع إباحة على حدة، كما فيما لو قاطعه على اللبن مدة معينة بعوض معلوم فإنهم قالوا إنها ليست بيعاً ولا إجارة، بل نوع معاوضة ومراضاة سائغة غير لازمة).

وكذلك تصح إعارة الأشجار التي ينتفع بصمغها، وإعارة الجبل وما أشبه الذي ينتفع بالمواد المذابة منه، إلى غير ذلك مما يرى العرف أنه داخل في العارية، ولعل كل ذلك مشمول لقول العلامة: (وكذا غيرها) حيث قال: (تجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده، وكذا غيرها).

أما قوله: (وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده) فلأن ذلك مقتضى العارية، حيث إنها عقد جائز، ولا دليل على أن اللبن بمجرد الحلب ينتقل إلى ملك المستعير، وينبغي أن يكون كذلك حال سائر الفوائد في غير المنحة.

---

(١) المائدة: الآية ١.

(مسألة ١٠): قال في الشرائع: (وتصح الإعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع).

أقول: ذلك لإطلاق أدلة العارية، فتصح العارية مطلقة ومدة معينة، كما تجوز تحديدها ببعض التحديدات الأخر، مثل إلى مجيء الحاج أو ظهور الثمرة أو ما أشبه إذا لم يكن غرراً، أما الإعارة ما دام الحياة، حياة المعير أو المستعير أو المستعار، فإن لم يوجب الغرر عرفاً فلا بأس به، وإن أوجب ذلك بطلت من حيث نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر[١].

وعلى أي حال، فللمالك الرجوع، كما أن للمستعير الرجوع، لأنها عقد جائز على ما تقدم تفصيله.

ثم قال الشرائع: (ولو أذن له في البناء أو الغرس ثم أمره بالإزالة وجبت الإجابة، وكذا في الزرع ولو قبل إدراكه على الأشبه، وعلى الآذن الأرش، وليس له المطالبة من دون الأرش).

وفي القواعد: (ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع ولو قبل إدراكه).

وفي مفتاح الكرامة: (وكذا أرش البناء، وتركه اكتفاءً ببيان حكم الزرع والغرس، كما صرح بجميع ذلك الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك، وكما صرح بالإجابة مع دفع الأرش في الغرس في الخلاف، وفيه: إنا أجمعنا على أن له قلعه مع الضمان، وكما صرح بذلك في السرائر في الغرس والبناء، وصرح بذلك في الزرع والغرس في الإرشاد، وكما هو ظاهر المختلف في الزرع ولو قبل إدراكه، ونحوه ما في شرح الإرشاد لولده، وعن الإيضاح أن الخلاف

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

في المقام في مسألتين: إحداهما في البناء والغرس، فإن العارية لهما إن لم تكن إلى أمد جاز الرجوع فيها إجماعاً، وإن كان إلى مدة قال ابن الجنيد: لا يجوز قبل انقضائها، والثانية في الزرع، قال الشيخ وابن إدريس: ليس له قلعه قبل إدراكه وإن دفع الأرش، لأن له وقتاً ينتهي إليه) انتهى.

وعن المبسوط: أنه إذا أذن له في الغرس و لم يعين له مدة فغرس كان له المطالبة بالقلع إذا دفع الأرش، وقال: إذا أذن له إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف.

أقول: مقتضى القاعدة هو ما ذكره المشهور من أن لكل منهما الحق في القلع والإزالة ولو تضرر الاخر، لأنه مقتضى جواز العقد فلا يجب على المعير إبقاء البناء والغرس بأجرة، كما لا يجب على المستعير إبقاؤهما فيما إذا تضرر المعير بالقلع، وإذا أمر المعير بالقلع وتضرر المستعير لم يجب عليه الأرش، لأن كلاً منهما أقدم على ضرر نفسه بعد علمه بأن عقد الاستعارة عقد جائز يجوز للطرف الآخر فسخه، فهو كما إذا وضع المستعير في الدار المستعارة أثاثه حيث إنه إذا أمر المعير بإخلائها بأن فسخ العارية أوجب على المستعير ضرر الحمل والنقل أو الكسر أو ما أشبه، واحتمال كون الأرش على الآذن لا دليل قطعي عليه.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (إنما الكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها، ضرورة رجوع الأمر حينئذ إلى تزاحم الحقوق، إذ المستعير ليس ظالماً في عرقه وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» جارية في المقام بالنسبة إليهما معاً، فاحتمال تسلط المعير على الإزالة مطلقاً بلا أرش للأصل، ولأن المستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت، لا يخفى عليك ما فيه، لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعدة، والإقدام على العارية أعم من

الإقدام على الضرر المبني على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك، وهل هو إلاّ مصادرة).

محل نظر، إذ حق المعير مقدم لأنه ملكه، فهو كما مثلنا من أمره بنقل أثاثه من داره، والمستعير ظالم في عرقه بعد أمره بالإزالة، ولا تلازم بين عدم ظلمه أولاً عند وجود العارية، وبين ظلمه بعد فسخها إن أبقى، فالأصل لم ينقطع، وليس الإقدام على العارية أعم، بل هو إقدام على الضرر لتضرره إذا أمره بالإخلاء فأين المصادرة.

وكأنه لذا أستشكل فيه العلامة وولده والشهيد: (من أنه بناء وغرس محترم صدر بإذن فلا يجوز قلعه إلاّ بعد ضمان نقصه، ومن أن المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتخريب في أي وقت شاء، فكان هو المهدم والسبب، مع أن الأصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقاً).

ومن الواضح ضعف دليل الأول، وأن كونه بناءً وغرساً محترماً صدر بإذن لا ينافي أن للمعير إخلاء ملكه منهما على ما ذكرنا، نعم يلزم أن لا يكون تبذيراً وإسرافاً لأنه محرم شرعاً، فحاله حال ما إذا أراد مالك السفينة إخلاء سفينته المستعارة في وسط البحر، حيث يلزم منه إلقاء الإنسان أو الحيوان أو المال مثلاً في البحر، فإنه لا يجوز ذلك، وإنما له الأجرة جمعاً بين حق المالك وحرمة الإخلاء.

أمّا موثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام)، في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار بذلك، فقال: «عليه الكري ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس إنكان استأمره في ذلك، وإن لم يكن

استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث يشاء»[1].

ففي الجواهر: (إنه لم أجد به عاملاً عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة مع أنه مضطرب، لأنه على ما في الكافي بعد قوله: «فيعطيه الغارس وإن كان استأمره»: «فعليه الكري وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث يشاء»، وحينئذ يكون دالاً على أن لصاحب الأرض المغصوبة تملك ما زرعه الغاصب فيها وغرسه، كما عن أبي علي (رحمه الله)، ولا ريب في منافاته حينئذ لأصول المذهب وقواعده).

وإن كان مقتضى القاعدة أنه إن كان القلع بدون الإسراف وجب، لأنه إيصال حق كل واحد منهما إليه، وإن كان مع الإسراف قوم وأعطي للغارس القيمة لأنه جمع بين الحقين.

وحيث إن في التقويم التفكيك كما في كل مشترك قدم على أن يبقى الغرس للغارس مع إلزامه إعطاء الأجرة للمالك، من غير فرق في الصورتين بين أن كان استأمره أو لم يستأمره، اللهم إلاّ أن يتكلف في تطبيق الموثقة على القواعد، وهو مشكل، وقد ذكرنا في كتاب الغصب بعض تفصيل الكلام في ذلك، والله سبحانه العالم.

ثم الظاهر من الشرائع عدم التسلط على الإزالة إلاّ بعد دفع الأرش، لأنه قال: (وعلى الآذن الأرش وليس له المطالبة بالإزالة من دون الأرش)، فإنه لو أراد الشرائع ما ذكره الجواهر في تفسير كلامه كانت الجملة الثانية تكراراً للجملة الأولى.

قال في الجواهر: (يمكن إرادة المصنف عدم السلطنة له على المطالبة

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٨٢ الباب ٢٣ من أبواب الإجارة ح١.

بإزالته مجاناً، وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخره ومقارنته، ضرورة كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات بمعنى تسلط المعير على طلب الإزالة من المستعير، وعليه الأرش فلكل منهما حق على الآخر لا مدخلية له فيه، وعصيان أحدهما فيه لا يقتضي الجواز للآخر، وكلام المصنف وما شابهه إنما هو في عدم استحقاق الإزالة بدون استحقاق الأرش لا بدون سبق دفع الأرش الذي لم يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الأدلة خلافه، والأمور الاعتبارية مع أنها غير تامة لا تصلح لأن تكون مدركاً شرعياً).

فإن كلامه وإن كان صحيحاً، إذ لا دليل على تقديم أحد الأمرين على الآخر، إلاّ أن الكلام في ظاهر ما ذكره الشرائع.

والمسالك استظهر ما ذكرناه، وإن كان في دليله الذي ذكره لكلام الشرائع نظر، لأنه أقرب شيء إلى الاستحسان، حيث قال في المسالك: (لا تجب إجابته إلى القلع قبل دفعه وإن بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بالفلاس أو غيبة ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر، بخلاف ما لو دفع أولاً، فإن غايته أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته للقلع فيباشره المعير بإذن الحاكم مع إمكانه، أو لا معه مع تعذره وتعذر إذن المالك فلا يحصل الضرر).

ثم قال: (لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة، ومن شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الآخر، وإنما حكم هنا بسبق دفع الأرش، لأن المعية غير ممكنة، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج وعسر، والضرر عن الدافع مندفع بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه) انتهى.

مع أن في ما ذكره من العلة نظراً لإمكان وجوه أخر كأخذ الكفيل، والعسر والحرج أخص من المدعى.

ومما تقدم علم بأنه لو أمكن القلع بدون الإسراف قدم على شراء المالك من الغارس جبراً، أو إبقاء الغارس له في أرضه بالأجرة جبراً، لأنهما خلاف تسلط الناس على أموالهم، وإن كان في القلع إسراف حيث المحذور الشرعي فالاشتراء الجبري مقدم، لما تقدم من أن أكثرية الحق له، فإذا دار بينهما قدم حق من له أكثرية الحق لأن سلطته أوسع، فتأمل.

قال في القواعد: (والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو البقاء بالأجرة على التراضي).

والظاهر أن الأمر ليس دائراً بينهما فقط، وإنما ذكرهما القواعد من باب المثال، وإلا فيمكن الصلح أو الهبة المعوضة أو ما أشبه ذلك.

وعلى أي حال، فقد قال في مفتاح الكرامة عند قوله: والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة: (هو خيرة التذكرة والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد، والمخالف الشيخ في المبسوط قال: وإن قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها، فطالبه بأخذ القيمة كان ذلك له، وأجبر المستعير على قبضها لأنه لا ضرر عليه، وحكى مثله عن أبي علي فيما إذا كانت الإعارة غير موقتة، ويأتي للمصنف في باب الإجارة موافقة المبسوط، وقد استدل عليه في مزارعة الخلاف بالإجماع والأخبار، ومفهوم الخبر المشهور: «ليس لعرق ظالم حق» وبخبر عائشة).

ثم قال مفتاح الكرامة عند قول العلامة: أو الإبقاء بالأجرة على التراضي إجماعاً: كما في الإيضاح. وفي التحرير: لو قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لم يلزم المالك إجابته

إجماعاً، ولعله لما تقدم، ولأن الأرض أصل والغرس والبناء تابعان، وينبغي التأمل في وجه درجه تحت الأقرب مع أنه إجماعي).

ثم الظاهر ما ذكره المسالك حيث قال: (وهل يعتبر فيه ــ أي في البقاء ــ مجاناً أو بأجرة، كلام الشيخ صريح في الأول، وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة، مع احتمال اعتبار الثاني، بل اختاره بعد ذلك وحكاه عن التذكرة، قال: لأن جواز الرجوع في العارية لا معنى له إلاّ أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها لا حق لغيره فيها، وحينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها إلاّ برضاه بالأجرة، وحق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع ويأخذ الأجرة لو اتفقا على إبقائها).

فمثلاً إن الشجر إذا بقي هناك بأجرة كانت قيمته عشرة، بينما لو بقي بدون أجرة كانت قيمته عشرين، فحيث إنه لا حق للغارس في الإبقاء بدون أجرة لوحظ قيمته عشرة، فإذا قلع وأذهب القلع نصف القيمة، لأن صارت قيمته خمسة أعطاه مالك الأرض خمسة لا خمسة عشر.

ولا يخفى أن البقاء بأجرة يساوق عدم الحق في البقاء، فإشكال الجواهر على المسالك غير ظاهر، حيث قال: (عليه قلنا: إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجاناً أو بالأجرة في التقويم بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما لذي الغرس أو البناء، بل هو في بعض الأفراد كمال الضرر على المعير، خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجاناً في التقويم، فالمتجه حينئذ أن المراد بالأرش هو تفاوت حالي الشجرة بالقلع وعدمه إن كان، ونقص آلات البناء بسبب الهدم بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع والهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً من غير ملاحظة البقاء مغروساً ومبنياً الذي هو غير مستحق المستعير لا مجاناً ولا بأجرة).

إذ كلامه عليه لا يزيد على تغيير عبارة بعبارة أخرى، بل اللحاظ العرفي هو ما ذكره المسالك، مثلاً الأجر والأخشاب لها ثلاث اعتبارات:

الأول: كونهما غير مبنية.

الثاني: كونهما مبنية بأجرة.

الثالث: كونهما مبنية بغير أجرة.

والعرف عند التقويم بعد أن بنيا لا يلاحظ الحالة الأولى لهما، بل يلاحظ إحدى الحالتين.

ثم إن مقتضى ما ذكروه من الأرش أنه إذا لم يكن للمقلوع أية قيمة كان على المالك إعطاء كل القيمة، كما أنه إذا كان المقلوع مساوياً قيمته للباقي لم يكن على المالك شيء، وحيث قد ذكرنا في كتاب الغصب مسألة ما إذا زادت قيمة الأرض بالقلع أو زادت قيمة المقلوع بالقلع فلمن يكون ذلك الزائد، فلا وجه لتكراره في المقام.

ثم إن التذكرة قال: (للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدة بالأرش، وبعدها مجاناً إن شرط المعير القلع أو نقض البناء بعد المدة، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملاً بالشرط، فإن فائدته سقوط الغرم فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع، وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك، وإن لم يختر القلع وأراده المعير فلابد من الأرش).

لكن فيه ما ذكره الجواهر، حيث قال: (إنه ينافي أصالة براءة الذمة السالمة عن المعارض، ضرورة عدم حق له بعد انتهاء المدة، ولا مدخلية لاشتراط القلع وعدمه، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مدة انتهت وأراد المالك تفريغ أرضه، فإن المتجه عموم تسلط الناس على أموالهم، وأن «المؤمنون عند شروطهم» ولم يصدر الإباحة من المالك إلاّ إلى الأمد المخصوص الذي قد دخل المستعير

على القلع عند انقضائه كما عن المحقق الثاني اختياره).

ثم إن ما ذكروه من مسألة الإدراك وعدمه يلزم أن يحمل على المثال، وإلا فقد يدرك لكن يتضرر الغارس بقلعه أيضاً، لأن إبقاءه مدة أخرى يوجب زيادة المنفعة، وقد لا يدرك ولا يكون لإبقائه مزيد قيمة، ولا فرق في عدم الإدراك بين أن يكون لعدم كفاية المدة أو لأمر خارجي كقصور الماء وهبوب الرياح المتزايدة أو عدم هبوب الرياح أو عدم إشراق الشمس أو ما أشبه.

ولذا أشكل الجواهر على التذكرة الذي فصل بين الأمرين، قال: (نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك، لا لتقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما، مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الأرش كالعارية المطلقة، ولعله باعتبار أن له مدة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها)[1]، ثم أشكل عليه بعموم تسلط الناس، والمؤمنون عند شروطهم ونحوهما.

ثم لو كان لشيء إدراكات متعددة، فالعبرة بمجموع الإدراكات لا بالإدراك الأول، كما فيما يؤخذ منه جزات أو خرطات أو ما أشبه.

ولو تمكن المستعير من تعجيل الإدراك بسبب السماد أو ما أشبه وجب عليه ذلك، للزوم إفراغ ملك الغير فوراً ففوراً، لأنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، فحاله حال ملك الغير إذا كان مشغولاً بأثاث إنسان آخر، حيث إنه يجب عليه إفراغ ملكه عن أثاثه فوراً ففوراً.

---

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٧٨.

(**مسألة ١١**): قال في الشرائع: (ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت).

وفي الجواهر تقييده بكون الميت محترماً، وأنه يجوز إن اطمئن باندراسه بالنسبة إلى تلك الأرض على وجه لا ينافي احترامه، ثم قال: بلا خلاف أجده فيه، والإجماع بقسميه عليه.

أقول الأحكام المذكورة كلها ظاهرة، أما الحرمة فلأدلة أن احترامه ميتاً كاحترامه حياً، وما دل على حرمة النبش من الإجماع وغيره، وأما الجواز إن اطمئن بالاندراس فلوضوح أنه بعد الاندراس لا يعد قبراً، في غير مثل العلماء والصالحين مما يبقى احترامهم أبداً ولو صاروا تراباً، فينتفي الحكم بانتفاء الموضوع، ولا فرق في ذلك بين الميت كله أو بعضه.

ولا يخفى أن المراد عدم جواز النبش والاسترجاع أو عمل ينافي احترام الميت، أما فسخ العقد فلا إشكال فيه، لأنه عقد جائز قابل للفسخ، وهل بعد ذلك له البقاء مجاناً، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، أو باجرة لأنه جمع بين الحقين، مقتضى القاعدة الثاني، وإن كان الأول غير بعيد أيضاً.

أما لو اتفق جواز النبش بأمر آخر كنقله إلى المشاهد المشرفة لو قلنا بجواز ذلك، أو كون البقاء هنا خطراً على الميت من حيوان أو ما أشبه، فلا إشكال في أنه له الحق في أخذ الأرض.

قال في المسالك: (المراد بالميت هنا المسلم أو من بحكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه، إذ لا حرمة لغيره، وإنما لزمت الإعارة هنا لما في النبش من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحياة وهو موضع وفاق، وغاية المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً، والمرجع في ذلك إلى

الظن الغالب بحسب التربة والأهوية، وإنما أطلق المصنف المنع لأنه علقه على القلع، ولا يتحقق إلاّ مع بقاء شيء من أجزائه، فإذا بلي لم يتحقق القلع فارتفع المنع).

أقول: أما كفاية غلبة الظن، فلأنه لا يتحقق موضوع النبش بعد ذلك، فإن العرف لا يرونه نبشاً، نعم إن غلب ظنه بل لو قطع ثم نبش وتبين بقاء الجسد أو بعضه وجب عليه الإبقاء، إذ الظن والعلم وما أشبه طريقي لا موضوعي.

ثم لا إشكال أنه بعد طم القبر يصدق النبش، أما بعد وضعه وقبل طمه فهل يصدق النبش، احتمالان، وإن كان الظاهر عدم الصدق، نعم ربما ينافي احترام الميت، أما قبل وضع الميت في القبر فلا إشكال في جواز الفسخ لأنه ليس من النبش في شيء.

قال في الجواهر: (إن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذي يحرم معه النبش، أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام في عدم ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل المواراة لعدم صدق النبش حينئذ، اللهم إلاّ أن يقال: إنه وإن كان كذلك إلاّ أنه يمكن دعوى مساواته له لما في الإخراج من هتك الحرمة، ولذا أمروا بقرض نجاسة الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها، بل قيل لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر، لكن الإنصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلاً لمثل ذلك).

وهو كما ذكره، لأن الخروج عن الحكم المسلّم بأمثال هذه الأمور الشبيهة بالاستحسان محل منع.

أما قوله بعد ذلك: لولا الإجماع هنا على حرمة النبش لأمكن القول بجوازه، لعموم تسلط الناس، ولأولويته من جملة من الأمور التي جوزوا النبش لها، مع أنه لا إطلاق ولا عموم على حرمته كي يتمسك بهما إلاّ

الإجماع الذي لولا اعتضاده بما هنا لأمكن المناقشة في تناول معقده لما هنا) انتهى.

فلا يخفى ما فيه، فإن السيرة القطعية بالإضافة إلى الإجماع القطعي، وتأييد بعض الروايات للحرمة المطلقة كرواية الصدوق، «فأنزل الله تبارك وتعالى على نبيه (صلى الله عليه وآله): ﴿الذين إذا فعلوا فاحشة﴾ يعني الزنا ﴿أو ظلموا أنفسهم﴾ يعني بارتكاب ذنب أعظم من الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان ﴿ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم﴾ إلى أن قال: «ثم قال عزوجل: ﴿ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون﴾[1] يقول الله عزوجل: ولم يقيموا على الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان» الخبر.

ومثله غيره، لا يدع مجالاً لما ذكره (رحمه الله)، وحيث قد ذكر جملة من مسائل نبش القبر في كتاب الطهارة لا داعي إلى تكرارها هنا.

ثم لا يخفى أن المنافق والمخالف والكافر والمحترم والباغي في غير البغي على الإمام في حكم المسلم، وفي الأخير هو مسلم له أحكامه، لا الكافر الحربي ومن بحكمه، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن أقسام الكافر أربعة: الحربي والذمي والمعاهد والمحايد.

ومثل الأرض في الحكم المذكور خابية المعير التي يوضع فيها الميت لإلقائه في البحر، فلا يحق لمعيرها استخراجها بواسطة الغوص مثلاً، ثم إن أخرجت للدفن حق له أخذها، وكذا بعد فراغها لأكل الأسماك للميت ونحوه.

ولو كان

---

(١) آل عمران: الآية ١٣٥.

المعير والمستعير كافرين عوملا حسب معتقدهما، ولو كان اعتقادهما مختلفاً فصله الحاكم حسب عقيدة الإسلام في لزوم الإعارة للدفن وعدمها.

ولوكان أحدهما مسلماً قدم، لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

والمذهبان في الإسلام يعامله الحاكم حسب عقيدتهما مع الاتفاق، وحسب رأي الحاكم مع الاختلاف.

وكذلك حال المقلد والمجتهد.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (وللمستعير أن يدخل إلى الأرض ويستظل بشجرها).

وهو كما ذكره إن كان ظاهر اللفظ شاملاً ولو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية، كما هو المتعارف في الحال الحاضر، وذلك لأن العارية شاملة لمثل هذه الأمور، ولذا استدل عليه في الجواهر بقوله: (لأن ذلك كله ونحوه من توابع مثل هذه العارية في العادة، وقد سمعت سابقاً أن له الانتفاع بما جرت العادة به).

أقول: ومنه يعلم وجه النظر في تفصيل القواعد، حيث قال: (وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج)[1]، لأنه لا فرق بين الأمرين، فإن كان اللفظ شاملاً لهما جاز وإلا لم يجز أحدهما.

وفي مفتاح الكرامة: (في المبسوط والتحرير أنه ليس له الدخول بغير حاجة، وزاد في الثاني قطعاً، قال: ليس له الدخول بغير حاجة قطعاً، وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان قوى الشيخ المنع وهو كذلك، لكنه ذكره في مسألة بيع الغرس على الأجنبي، قال: والأقوى أنه لا يجوز في المسألتين و لم يذكر هنا إلاّ الوجهين من دون تقوية لأحدهما، قال: والوجهان أحدهما ليس له الدخول، لأن الانتفاع بالأرض لا يجوز بعد رجوعه، والثاني له ذلك لأنا إن لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا عليه ذلك، وذلك لا يجوز).

ولا يخفى أن فرض التحرير فيما إذا رجع المعير و لم يدفع قيمة الغرس ولا ضمن الأرض وامتنعا من البيع.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن التذكرة حيث قال: (ليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلاّ بإذن المعير، لأنه تصرف غير مأذون فيه، نعم يجوز له الدخول

---

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص١٩٦.

لسقي الشجر ومرمة الجدار حراسة لملكه عن التلف والضياع)، ونقل نحوه عن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، معللين بأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة وهو الغرس فلا يتعداها.

ولذا الذي ذكرناه من أن القاعدة عدم الفرق أشكل عليهم الجواهر بأن قولهم كما ترى، وأنه لا يبعد أن يكون ذكر الشرائع لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط.

وكيف كان، فمن ذلك يعلم أنه ما يستلزمه العارية مباح له، مثل حفر البئر في المكان المحتاج إلى حفر البئر ونصب الناعور وإجراء الجداول والسواقي ونحوهما، وكري الأنهار وتجفيف الثمر، وجعل المخزن للأحطاب والأثمار ونحوها، فإن كل ذلك من شؤون العارية، ولا يختص أيضاً بنفس المستعير، إذ المتعارف أن المستعير مع عائلته يسكن في البستان ونحوه ويستخدمون عمالاً ونحوهم لأجل شؤونها.

والحاصل: إن المعيار هو ما يستفاد عرفاً من العارية.

نعم إذا لم يكن اللفظ شاملاً لشيء أو منع المعير مع الشمول لم يكن للمستعير ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا استعار الدار، فإن له أن يسكنها مع عائلته ويستضيف فيها أو يجعل مجلس الوعظ والإرشاد وما أشبه.

وأما المعير فقد قال المسالك: (إذا استعار الأرض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الأرض، أما المعير فلأن الأرض ملكه فله الدخول إليها في كل وقت، وله أن يستظل بشجرها وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس في ملكه، كما لو جلس في غيره من أملاكه واتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك، والضابط أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف في الغرس ومثله البناء).

وفي القواعد: (يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء

والشجر، وكل ما لا يضر البناء).

وفي مفتاح الكرامة: (قد صرح بأنه يجوز للمعير دخول الأرض والاستظلال بشجرها في المبسوط[1] والتذكرة[2] والتحرير[3] واللمعة[4] وجامع المقاصد[5] والمسالك[6] والكفاية[7]، وزيد في المبسوط والتذكرة الانتفاع بالأرض كما في الكتاب، كما زيد في الثاني الاستظلال بالبناء والكل بمعنى).

وقال في التذكرة: (للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال لأنه جالس على ملكه، وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك، ولا يضرب وتداً في الحائط ولا التسقيف عليه، وفي المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجرمن شد دابة وغيرها).

لكن لا يخفى أن دخول المعير أحياناً يكون خلاف شأن العارية، خصوصاً في مثل الدار والبستان، حيث يسكن أهل المستعير، اللهم إلاّ إذا فسخ العارية فيكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وكأنه إلى ذلك أشار الجواهر، حيث قال: (لا يخفى عليك وجه النظر في انتفاع المعير في البناء والغرس من دون إذن المستعير، بناءً على أن مثله تصرف، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المغصوب كما ذكرناه في كتاب الصلاة، ولعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه، بل ظاهرهم عدم حرمة ذلك مطلقاً على المعير، إذ ليس هو إلاّ تصرف في أرضه، وإن قارن ذلك انتفاعاً له على نحو الاستضاءة بنار الغير وهو جالس في ملكه، إلاّ أن الإنصاف عدم خلو ذلك من إشكال مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف دفعاً للمطر والحر ونحوهما، إذ هو إن لم يكن تصرفاً فيه فلا ريب في كونه انتفاعاً به على وجه يضمن أجرته للمالك).

وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات قسماً من الانتفاعات كالاتكاء على

---

(١) المبسوط: ج٣ ص٥٥.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج٢ ص٢١٣ س٢١.

(٣) تحرير الأحكام: ج٦ ص٢١٦.

(٤) اللمعة الدمشقية: ص١٥٦.

(٥) جامع المقاصد: ج٦ ص٧٤.

(٦) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٤٩.

(٧) كفاية الأحكام: ج١ ص٧٠٧.

حائط الغير والاستضاءة بنوره والاستحرار بناره والاستبراد ببرادته، إلى غير ذلك، كما ألمعنا إلى ذلك في كتاب الغصب.

نعم لا ينبغي الإشكال في أنه إذا استعار أرضاً للزراعة أو للسكنى أو ما أشبه ولو كانت وسيعة جداً لا يحق للمستعير دفن ميته فيها إذا لم تكن شاملة له، كما أنه يحق للمعير دفن ميته فيها إذا لم يكن من قبيل الدخول في الدار المستعارة من المعير.

ثم حيث إن الاستعارة ليست خاصة بالملك، بل للإنسان أن يعير غرفته في المدرسة إلى طالب آخر وهكذا، فاللازم في العارية التي هي من هذا القبيل مراعاة الأمرين: حق الوقف وحق المعير، وكذلك الحال في إعارة كتاب الوقف ممن سبق إليه إلى إنسان آخر، إلى غير ذلك من موارد العارية في الأوقاف.

ثم إن المسالك قال: (ويعلم من قوله: إن المستعير ليس له الدخول للتفرج، أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلاّ بإذن المالك، نعم لو كان صديقاً توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهة، كما تقدم في صدر العارية) [1]، وتبعه في ذلك مفتاح الكرامة، وهو كما ذكراه.

نعم في الأراضي الواسعة التي ذكر الفقهاء في باب الطهارة دخولها والعبور منها والتوضي من أنهارها يجوز الدخول بدون إذن المالك.

وحيث قد عرفت أن للمستعير أن يستعمل الأرض والدار وشبههما حسب ما يشمله لفظ العارية، فيجوز له ربط دابته وإيقاف سيارته وما أشبه في أمثال هذه العاريات.

ثم لو أعار أرضه للزرع أو داره للسكنى أو ما أشبه، ثم لم يأذن للمستعير في الدخول لأجل السقي أو الاقتطاف أو ما أشبه كان من صغريات رجوع المعير في عاريته، وقد تقدم الكلام في ذلك، إذ لا فرق في الرجوع بين الرجوع في العارية مطلقاً، أو في

---

(١) مسالك الأفهام: ج٥ ص١٥٠.

بعض شؤون العارية.

ثم إن الشرائع قال: (ولو أعار جداره لطرح خشبة وطالبه بإزالتها كان له ذلك، إلاّ أن تكون أطرافها الأخر مثبتة في بناء المستعير فليس له إلزامه بالإزالة وإن بذل الأرش لأنه يؤدي إلى خرابه وإجباره على إزالة جذوعه عن ملكه، وفيه تردد).

وحيث ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الصلح فلا وجه لتكراره هنا.

ثم الظاهر أن مثل مد أنابيب الماء وأسلاك الهاتف والكهرباء وما أشبه إلى الدار المستعارة أو البستان المستعار بما يستلزم من خراب الأرض ودق الوتد في الحيطان وما أشبه مشمول لظاهر عقد الاستعارة، إلاّ أن يكون عرف خاص أو قرائن خاصة أو نص خاص على العدم.

كما أن حال التبييض والتلوين للغرف والمرافق ونصب الرفوف ونحوها أيضاً كذلك.

وفي عارية البيوت المنتقلة سواء البيوت الخشبية في البحر أو البنائية في البر يأتي كل ما تقدم من الكلام، فنقلها من محلها إلى محل آخر إذا كان مشمولاً للعارية جاز، وإلا لم يجز.

كما أن البيوت الجاهزة التي تركب إذا أراد المستعير فرز الترتيب السابق وتركيبها تركيباً جديداً يكون حسب شمول دليل العارية.

ثم لو أحدث بعض التغييرات من الزيادة والنقيصة ونحوهما يجب على المستعير تبديلها إلى الحالة الأولية ثم ردها إلى المالك، بينما بعض التغييرات ليست كذلك، وكل ذلك حسب ما يفهم من عقد العارية.

(مسألة ١٣): قال في الشرائع: (لو أذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأول، وقيل: يفتقر إلى إذن مستأنف، وهو أشبه).

أقول: مقتضى القاعدة أن عقد العارية إن كان شاملاً للتجديد جاز وإلا لم يجز، فاستدلال قول الأول بالاستصحاب للإذن السابق كاستدلال القول الثاني بأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، إذ الأولى قد انتهت بحصول مقتضاها وغرس الشجرة الأخرى شيء جديد، بل إن لم يكن ثم قرينة يشكل إعادة غرسها، إذ الظاهر أن الإذن في الغرس كالأمر به تحقق بالمرة، محل تأمل.

ومنه يعلم الكلام في قول القواعد: (لو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته)، كقول التذكرة: (فإن قلع القصيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جداً، فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن).

وفي الجواهر تعليقاً على قول التذكرة: (لأنه من الإذن الأولي، لعدم تحقق مقتضاه المأذون فيه كما هو واضح، بل هذه المسائل ونحوها مما لا حظ للفقيه فيها لاختلاف القرائن الحالية، فضلاً عن غيرها).

ثم الميزان في جواز قلع النبت والشجر عند إرجاع الأرض وعدم القلع، وتسوية الحفر وعدمها، ما ذكرناه من كون المرجع ظاهر عقد العارية، فإذا كان هناك شرط أحد الجانبين من القلع والترك فهو، وإلا فمقتضى القاعدة الرجوع إلى الظاهر، ولذا قال القواعد: (لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر ألزم الوفاء ولا أرش، وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسوية).

وفي مفتاح الكرامة: (إذا غرس قبل رجوعه، فإن أمكن قلعه من غير نقص

يدخله قلع، وإن لم يمكن إلاّ مع النقص والعيب فإن كان شرط عليه القلع مجاناً وتسوية الحفر ألزم ذلك عملاً بالشرط، لقوله (عليه الصلاة والسلام): «المؤمنون عند شروطهم»[1]، فإن امتنع قلع المعير مجاناً، وإن كان قد شرط القلع مجاناً دون التسوية لم يكن على المستعير التسوية، لأن شرط القلع رضا بالحفر كما في المبسوط والتحرير والتذكرة).

لكن لا يخفى أن قوله: (فإن امتنع قلعه المعير مجاناً) فيه نظر، إذا كان الشرط على المستعير أن يقلع فلم يفعل، فالمعير له أن يأخذ الأجرة للقلع، وكذلك حال التسوية.

ثم إن القواعد قال: (لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسوية إشكال ينشأ من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة، ومن أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت).

وفي مفتاح الكرامة: (هذا الأخير خيرة التذكرة لما ذكر، ولا ترجيح في المبسوط والتحرير، وفي جامع المقاصد: إن المسألة محل تردد، فنحن فيها من المتوقفين).

أقول: كل من جواز القلع ولزومه وامتناعه، والثلاثة بالنسبة إلى التسوية تابع للظاهر، كما أن خصوصيات كل من الستة كذلك، مثل أن تكون الإزالة بسبب المنشار أو القلع أو الإحراق، إلى غير ذلك، ولو لم يكن دليل على اللزوم أو الامتناع يكون الأصل مع الجواز في كل من القلع والإزالة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة: (إن الإذن في الغرس لا يقتضي الإذن في القلع، ولا دليل يدل على ذلك، إذ لعله مما لا يقلعه أحد منهما ويبقى إلى

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهورح ٣ و٤.

أن يفنى، فالقلع جناية لا إذن فيها، ويكفي الشك في تناول اللفظ له، إذ الأصل الجناية على مال الغير أن تكون مضمونة إلاّ أن يعلم الإذن فيها، ويشهد على عدم العلم بالإذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الأجلاء، مع اختيار التذكرة أن عليه التسوية، ولا يعارضه أصل البراءة، لأن شرط التمسك به أن لا يكون في مقام الإضرار بمسلم، لأن الضرورة قاضية بنفي الإضرار الثابت بالعقل والشرع)، ولا يخفى ما فيه من مواقع للتأمل.

ثم الظاهر أن الإذن بالزرع ونحوه ليس إسقاطاً للأرش الذي يوجبه الغرس أو التسوية أو القلع، لأن الظاهر العرفي أن من يسلم المال يريد استرداده كاملاً إلاّ القدر الملازم للاستعمال من خلقان الثوب والكتاب ونحوهما.

ومنه يعلم أن قول جامع المقاصد: (إن مثل ما نحن فيه ما لونقصت الأرض بالقلع، فإن في وجوب الأرش إشكالاً)، وإضافة مفتاح الكرامة حيث قال: (نحن نقول: إنما يجب عليه الأرش، نعم لو نقصت بالغرس فلا إرش، وبه صرح في التذكرة).

محل تأمل، فإن اللازم العرفي عدم إسقاط الأرش إلاّ إذا كان دليل خاص.

وجامع هذه المسائل أن المتبع الظهور، سواء من اللفظ أومن القرائن، فإن لم يكن ظهور كان المتبع الأصل مثل «على اليد» و«لا يتوى» وأصل البراءة وما أشبه.

ثم إن الشرائع قال: (ولا يجوز إعارة العين المستعارة إلا بإذن المالك وإجارتها لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير، وإن كان له استيفاؤها).

وما ذكره هو مقتضى القاعدة، لما علله في الجواز بضرورة اقتضاء عقد العارية الإباحة لخصوص المستعير لا تمليكه إياها، فإن المنافع لم تصبح مملوكة للمستعير

حتى يتصرف فيها بعارية وهبة وإجارة ونحوها.

نعم قد تقدم أنه يصح للمستعير إسكان زوجته وأهله وضيوفه وما أشبه في الدار والبستان المستعارين، كما أن له أن يستوفي المنافع بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له، مع كون العين في يده أو بيد وكيله بإذن المالك، وليس التسليم إلى الوكيل إعارة له، وإنما يصح التسليم إلى الوكيل فيما إذا شملت العارية له وإلا لم يجز ذلك أيضاً.

ثم إن كان اللفظ شاملاً لإعارة المستعير فاللازم اتباع قدر اللفظ في أن يكون الإعارة من المستعير عن المعير أو عن نفسه، فإن كان خاصاً بأحدهما فله ذلك، وإن كان عاماً فله أيهما أراد، وقد ذكرنا في كتاب الوكالة مثل ذلك، فإنه إذا أعار عن نفسه تمكن من فسخها، أما إذا أعارها عن المعير فيكون الفسخ والإبقاء بيد المعير لا بيده.

ثم إن الجواهر قال: (إنما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن، ولعل العارية من المستعير نفسه أظهر الفردين منه، ولعل منه عارية الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم، فإن الإعارة لهم منه لا من المعير، أو يقال: إن من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه).

ومما تقدم ظهر أن احتمال أنه لا يصح من المستعير أن يعير عن نفسه، لأنه لا يملك وكل ما لم يملك لم يصح له الإعارة، غير ظاهر الوجه، لأنه نوع حق فسعته وضيقه تابع للحق، والعرف يرون مثل هذه العارية، فإطلاق الأدلة شامل لها، ولذا قال في الجواهر: (احتمال عدم مشروعية هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكاً يدفعه إطلاق الأدلة، والمسلم منه مع عدم إذن المالك، فيكون بالشرط حينئذ مالكاً أو مأذوناً).

ثم إنه لو خالف المستعير وأعار عن نفسه فيما ليس له، أو عن المالك فيما ليس له، كان فضولياً يتوقف على إجازة المعير، ولعل مراد الجواهر بقوله: (لو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العارية) ذلك، إذ لا وجه للفساد المطلق بعد تمشي الفضولية في العارية أيضاً.

ولو خالف المستعير وأعار ولم يسلّم فلا شيء، إذ مجرد إجراء الصيغة لا يوجب شيئاً، ويجوز له التصرف كالسابق، فإن ذلك لا يعد خيانةً أو تفريطاً أو سحباً لرضى المعير، وليس من قبيل عقد الفضولي مع الأصيل، حيث يلزم الأصيل في العقد اللازم حتى يرد طرف الفضول أو نحو الرد بطول الزمان.

ولو سلّم فللمعير أن يرجع على أي منهما شاء بالعين والمنفعة كما في الجواهر، قال: (فلو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العارية، ولكن الكلام في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعة مع ضمان العين وعدمها ما سمعته في العارية من الغاصب، وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من إشكال).

لكن لا يخفى أنه لو تلفت العارية في يد المستعير أوجب الضمان لأنها يد عدوانية، أما لو تلفت في يد المستعير من المعير الأول لم يوجب ضماناً وحتى إذا كان التلف بعد أن أعاره وسلمه ثم استرجعه إليه لعدم الدليل على الضمان، فإن خيانته لا توجب تخصيص عمومات عدم الضمان.

ثم إنه لو رجع المعير في العارية ولم يخبر المستعير لم يكن على المستعير شيء، لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، سواء بالنسبة إلى العين إذا تلفت بدون تعدّ أو تفريط أو بالنسبة إلى المنفعة.

ولو اختلف المعير الأول والمستعير الأول بأنه هل تلفت العين في يد المستعير

الأول أو المستعير الثاني، كان القول قول المستعير الأول، لأنه أمين، ومن الواضح أن خيانة الأمين في مورد لا يوجب سقوط قوله، فإن كون الأمين مؤتمن عام.

ولو رجع المعير إلى المستعير الأول لم يرجع إلى المستعير الثاني إذا كان غاراً، كما أنه إذا رجع إلى المستعير الثاني رجع إلى الأول في صورة الغرور.

إلى غير ذلك مما ذكرنا تفصيله في كتاب الغصب من تعاقب الأيدي.

(مسألة ١٤): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (العارية أمانة، كما قال الصادق (عليه السلام) في صحيح الحلبي: «صاحب العارية والوديعة مؤتمن»[1]، ونحوه غيره، وحينئذ فهي كغيرها من الأمانات لا تضمن إلاّ بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو باشتراط الضمان زيادة على الوديعة، للإجماع بقسيمه والنصوص، ولا ينافي ذلك بناؤها على التبرع حينئذ، كما لا ينافي كونه شرطاً في عقد جائز، إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص)[2].

وهو كما ذكراه، وقد تقدم الكلام في ذلك، وقد نقل مفتاح الكرامة الإجماعات المتعددة على كل من الفروع الثلاثة، أي كون العارية أمانة، وأنه لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط أو التعدي، أو باشتراط الضمان.

ولا يخفى أن هذا عندنا، أما إذا كان عند المخالف أو الكافر مقتضى دينهم الضمان فيعامل معهم على ذلك لمقتضى قاعدة الإلزام[3].

ثم إنه لا فرق بين الشرط أن يكون الشرط صريحاً، أو شرطاً ضمنياً من قبيل شرط الصحة في البيع، فإذا كان إنسان يعطي الأشياء عارية على الضمان كان ذلك من باب الشرط الضمني وإن لم يصرح به، ولو أعطى المعير العارية بهذا القيد الضمني لكن لم يقصد المستعير الضمان لم تتحقق العارية، لأن الإيجاب والقبول لم يقعا على شيء، فإن العقود تتبع القصود، والقصدان مختلفان فكانت فاسدة، لكن يشملها «ما يضمن». وأما إذا كان على نحو الشرط الضمني وقع العقد، لكن فيه ضمان أيضاً.

ولو أعطاه عارية بشرط الضمان بالأكثر أو الأقل أو المثل في القيمي أو القيمة

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٧ الباب ٤ من أبواب العارية ح١.

(٢) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٨٣ ــ ١٨٤.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأخوات ح٢ و٥.

في المثلى أو ما أشبه ذلك صح، لمقتضى دليل الشرط، أما إذا كان بشرط الضمان بدون ذكر تلك الخصوصيات كان الضمان بالمثل أو القيمة حسب الموازين الأولية.

ولو أجاز المعير إعارة المستعير فأعارها مطلقاً فلا ضمان على المستعير، ولو شرط الضمان عليه فإن كان شرط المعير الأول ذلك صح، وإلا لم يصح شرط المعير الثاني، لأنه تصرف في ملك الغير بدون إذنه، ولو انعكس بأن شرط المعير الأول الضمان دون المعير، فإن كان المستعير الثاني مغروراً فلا ضمان عليه، وإلا كان عليه الضمان حسب القواعد الأولية.

ثم إنه لا فرق في عدم ضمان المستعير بين أن يكون مسلماً أو كافراً، والمسلم عدلاً أو غير عدل، لإطلاق الأدلة والفتاوى.

ومنه يعلم أن ما رواه الكليني بعد حديث الحلبي، حيث قال: وفي حديث آخر: «إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان»[1]، يجب حمله على بعض المحامل، ولذا قال في الوسائل: (لعل المراد به أن العدل لا يفرط في العارية فلا يضمن).

كما أنه يجب أن يؤل ببعض التأويلات ما رواه ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العارية، فقال: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً»[2].

ومثله ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، فقال: «إن كان أميناً فلا غرم عليه»[3].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٦ الباب ١ من أبواب العارية ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٦ الباب ١ من أبواب العارية ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح٧.

وعن أبان مثله، وزاد: «قال: وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»[1].

وعن مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال: سمعته يقول: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً»[2].

ثم قال الشرائع: (وتضمن إذا كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط، إلاّ أن يشترط سقوط الضمان).

وقال في القواعد: (أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط، إلاّ أن يشترط سقوطه، وفي دخول المصوغ نظر).

أقول: في المسألة أربعة أمور:

الأول: إن في عارية الدرهم والدينار الضمان.

الثاني: إنه لا ضمان في عاريتهما إذا شرطا عدم الضمان. وكلا الحكمين لا إشكال ولا خلاف فيهما، بل عليهما الإجماع القطعي لأدلة ضمانهما ولأدلة الشرط.

الثالث: إن في عارية الذهب والفضة غير الدرهم والدينار كالحلي والشمش الضمان.

الرابع: إنه إن اشترط عدم الضمان في عارية الذهب والفضة غير الدرهم والدينار لا يكون ضمان، ولا إشكال في هذا أيضاً حسب أدلة الشرط.

وإنما الإشكال والخلاف في الثالث، فقد ذهب المشهور إلى الضمان، وغير المشهور إلى عدم الضمان، وتردد جمع، والأصل في الحكم هي الصحاح الواردة في الدرهم والدينار والذهب والفضة.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح٨.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح١٠.

كصحيح ابن سنان قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا تضمن العارية إلاّ أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلاّ الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً»[1].

وعن ابن مسكان، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) مثله[2].

وصحيح زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): العارية مضمونة، فقال: «جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه، إلاّ الذهب والفضة فإنهما يلزمان إلاّ أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك»[3].

وصحيح عبد الملك بن عمر، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس على صاحب العارية الضمان إلاّ أن يشترط صاحبها، إلاّ الدراهم فإنها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط»[4].

وصحيح إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله أو أبي ابراهيم (عليهما السلام)، قال (عليه السلام): «العارية ليس على مستعيرها ضمان إلاّ ما كان من ذهب أو فضة، فإنهما مضمونان، اشترطا أو لم يشترطا»[5].

وفي المقنع الذي هو متون الروايات: «وليس على مستعير عارية ضمان إلاّ أن يشترط، إلاّ الذهب والفضة فإنهما مضمونان شرط أو لم يشترط»[6].

وكيف كان، فالمشهور ذهبوا إلى الضمان في مطلق الذهب والفضة، درهماً

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ذيل الحديث١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العارية ح٣.

(٥) الوسائل: ج١٣ ص٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العارية ح٤.

(٦) المستدرك: ج٢ ص٥٠٧ الباب ٣ من العارية ح١.

كان أم ديناراً، مصوغاً أم غيرها، وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامة عن ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندي والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد والمختلف وقواعد الشهيد، وصريح اللمعة والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان.

بل هو الظاهر من المقنعة والمراسم والكافي والغنية والسرائر والوسيلة والتبصرة والفقيه والتهذيب والاستبصار، قال: فكانت كلمة المتقدمين متفقة على ذلك، بل ومعظم المتأخرين، إذ لم يعرف الخلاف من أحد قبل الفخر في الإيضاح بلفظ الأقوى، وتبعه صاحب إيضاح النافع والكفاية والرياض.

وقد تقدم عبارة القواعد مما يدل على التوقف، ومثله المحكي عن التذكرة والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح.

والأقوى هو المشهور، كما قواه الجواهر أيضاً قائلاً: (الروايات بمنزلة أن يقول: لا تكرم زيداً منهم، ويقول: لا تكرم عمرواً، ويقول: أكرم العلماء، ثم يقول: لا تكرم الجهال، وفي الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهال فإنه لا يشك من له أدنى فهم بالخطابات العرفية إرادة إخراج الجهال من الحكم الأول، ولكن نص على زيد وعمرو للتأكيد ونحوه).

فإن ذلك هو مقتضى الجمع العرفي، حيث قال المولى مرة: لا ضمان في العارية، وقال مرة: في الذهب والفضة الضمان، وقال مرة: في الدينار والدراهم الضمان، فإن الخاصين وإن كان بينهما عموم مطلق إلاّ أن العرف لا يرى التنافي بينهما حتى يجمع بينهما بتخصيص عامهما بخاصهما، فيكون الأخص مطلقاً هو الخارج من عدم الضمان في العارية، ويكون نصيب العام المطلق منهما عدم الضمان، ولذا رد مثل هذا الجمع في جامع المقاصد بقوله: (إن هذا لا محصل له ولا ينطبق على القوانين فإن استثناء الذهب والفضة تارة، واستثناء الدراهم

والدنانير تارة أخرى لا يقتضي أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، فيخص العام بكل منهما لا أن أحدهما يخصص الآخر، قال: وما توهمه بعضهم من أن أحدهما مطلق والآخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء أيضاً، لأنه إذا أخرج من العموم الدراهم والدنانير في لفظ، وأخرج الذهب والفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة، لأن إخراج الكلي إخراج لبعض أفراده، كما أن إخراج البعض لا ينافي إخراج الكلي).

وقد تبعه صاحب المسالك حيث قال: (فإن قيل: لما كان الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة وجب تخصيصها بهما عملاً بالقاعدة، فلا يبقى المعارضة إلاّ بين العام الأول والخاص الأخير، قلنا: لا شك أن كلا منهما مخصص لذلك العام، لأن كلاً منهما مستثنى، وليس هنا إلاّ أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، وذلك غير مانع فيخص العام الأول بكل منهما أو يقيد مطلقه، لا أن أحدهما يخصص بالآخر لعدم المنافاة بين إخراج الذهب والفضة في لفظ، والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد).

وبذلك ظهر وجه النظر في كلام من قال بتخصيص أخص الخاصين لأعمهما، حيث ذكر صاحب الكفاية[1]، وتبعه الرياض[2]: (أنه وقع التعارض بين الأخبار، ولابد من حمل العام على الخاص، أو المطلق على المقيد إذا كان بينهما تناف، كما إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر منفياً، والمستثنى في خبر زرارة لا ينافي المستثنى في خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما في كونهما إثباتاً. وكذا المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما على كونهما منفيين، بل وقع التعارض بين المستثنى منه في خبري الدراهم والدنانير ــ وحاصله لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ــ وبين المستثنى في خبري الذهب والفضة، والنسبة بين

(١) كفاية الأحكام: ج١ ص٧٠٩.

(٢) رياض المسائل: ج٩ ص١٨٠ــ ١٨١.

الموضعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر، فإن خصص الأول بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم والدنانير إلاّ أن يكون ذهباً أو فضة، وإن خصص الثاني بالأول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمونان إلاّ أن يكون غير الدراهم والدنانير، فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت، وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلابد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الدالة على عدم الضمان، وتبقى الأخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض، فإذاً المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير)[1].

ومنه يعلم أنه لا وجه للقول بأن بين لا ضمان في العارية والضمان في الذهب والفضة عموم من وجه بقلب النسبة، حيث إن لا ضمان في العارية يشمل المتاع، ولا يشمله الضمان في الذهب والفضة، والضمان في الذهب والفضة يشمل الدينار والدرهم، ولا يشمله لا ضمان في العارية، لأن الدينار والدرهم خرج عن لا ضمان في العارية فيبقى الذهب والفضة غير المسكوكين يتنازع فيهما العامان فيتساقطان، ويكون المرجع أصل البراءة عن الضمان.

وإنما لا وجه لذلك لأن الملاحظة في نسبة العموم والخصوص وما أشبه إنما هي ابتدائية لا بعد إخراج شيء عن أحدهما، كما قرر في الأصول، فليس الأمر من العموم من وجه، بل الأخص أخص مطلقاً من العام الأعم.

وبذلك يظهر أنه لا تصل النوبة إلى ما ذكره غير واحد في رد الرياض، من أنه على تقدير تسليم العموم من وجه خبر الذهب والفضة أرجح، لأن من رواهما زرارة وهو أصدع بالحق، ولأن خبر الذهب والفضة أصح سنداً من بعض تلك الروايات ولشهرة العمل بهما، بل إطباق الأصحاب حتى أن الغنية ادعى الإجماع على ذلك، وأن الذهب والفضة لو لم يضمنا لتوصل كثير من الناس إلى

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٣٨.

أكل أموال الناس بالعارية، أو إلى ترك الناس المستحب المندوب إليه بأن زكاته إعارته فكان تخصيصه مخالفاً للاعتبار وحكمة الشارع، إلى غير ذلك من الوجوه التي هي إلى الاستحسان أقرب.

ولذا قال في الجواهر: لا يحتاج إلى رد هذا القول بالترجيح بالشهرة العظيمة بين الأصحاب، ولا بأن أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلاّ تخصيص الأول بالثاني، ولا بعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، ولا باستلزام العكس إخراج لفظ الذهب والفضة عن الحقيقة، بخلاف الأول الذي فيه تكثير أفراد إخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص في الجملة.

وعلى أي حال، فاذا كان مطلق الذهب والفضة موجباً للضمان، فالمختلط منهما أيضاً موجب للضمان، إذ لا يشترط توحيد كل منهما في الضمان، أمّا المختلط منهما ومن غيرهما فالظاهر أن الضمان خاص بهما، لأن الاختلاط لا يوجب أن يكون حكمهما حكم غيرهما أو حكم غيرهما حكمهما.

ثم لو قلنا: بأنه لا ضمان في غير الدينار والدرهم، فهل الدينار والدرهم يراد بهما عينهما فقط أو الذهب والفضة المسكوكان، ولو كان كالأشرفي الأيراني الذي هو من الذهب الخاص وليس بدينار، أو كالليرة العثمانية أو ما أشبه ذلك، احتمالان، مقتضى ظاهر النص الاختصاص، لكن مقتضى المناط العموم.

أما الأوراق المالية كالدنانير وما أشبه المضروبة على الورق، فلا ينبغي الإشكال في عدم الضمان فيها، لأنها ليست دنانير ودراهم ذهبية وفضية، وكونها حوالة عليهما يرد عليه بالإضافة إلى أن الحوالة ليست دائمة على الذهب والفضة، وإنما على النفط أو ما أشبه أحياناً، أنه لا دليل على أن الحوالة في حكم المحول عنه.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (من الممكن الذي لا ينكره العرف أن يراد بالدنانير والدراهم في الخبرين الذهب والفضة، فلا منافاة أصلاً، ولعل إليه نظر القدماء)،

وفيه ما لا يخفى، فإن الإمكان جار حتى في مثل الأمتعة كما يقال: أعط الفقير درهماً، وإنما يراد المالية الشاملة لمثل الخبز أيضاً، أما الظهور فإنه مما ينكره العرف.

ثم لا ينبغي الإشكال في أن شرط سقوط الضمان في عارية الذهب والفضة نافذ لإطلاق «المؤمنون عند شروطهم» وغيره من المطلقات، وخصوص بعض الروايات المتقدمة.

وفي الجواهر: (قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدي والتفريط في ابتداء عقد العارية، باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، ومنافاته لإطلاق ما دل على تسبيبها ذلك، مع أنه لا يخلو من قوة لأنه في قوة الإذن في الإتلاف، وللشك في السببية معه والأصل براءة الذمة).

وما ذكره جيد، لما حقق في باب الشرط من أنه أعم.

وأما العلل الثلاثة بقوله: (لأنه في قوة) إلخ، فهي تصلح مؤيدات لا أدلة كما لا يخفى.

ثم إن العلامة ذكر في القواعد في عداد العاريات الموجبة للضمان قوله: (أو استعار من المستعير أو صيداً من الحرم أو كان محرماً)، وفي مفتاح الكرامة عند قوله: أو استعار من المستعير: (أي يضمن، سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانة أو يد ضمان، لأنه استولى بغير إذن المالك لأنها عارية من غير المالك، فكانت غصباً في الحقيقة لا عارية، ولما كانت بصورة العارية أجروا عليها اللفظ، فلا استثناء عند التحقيق)[1].

وفي صحيح إسحاق بن عمار المتقدم: «إذا استعرت عارية بغير إذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن»[2].

وقال عند قوله: (أو صيداً من الحرم): (يريد أنه إذا استعار

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٣٩ ــ ٤٤٠.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العارية ح١.

صيداً أخذ من الحرم ضمنه، لأنه ممنوع منه وإن كان محلاً فكان متعدياً باستيلائه عليه)[1].

وعند قوله: (أو كان محرماً): (أي إذا كان المستعير محرماً والعارية صيد فإنه يضمن، لأن إمساكه حرام فيكون متعدياً وضامناً)[2].

وقد أخذ منه الجواهر في الإشكال على كونها عواري مضمونة بقوله: (إنه لا وجه لذكر القسمين الأولين في العارية من المضمونة، ضرورة معلومية إرادة القسم الصحيح منها، كما أنه لا وجه لعدّ العارية من المحرم للمحل من قسم العارية التي لا تضمن حتى إذا اشترط فيها الضمان، إذ قد عرفت أنها ليست عارية، وأن المستعير يملكه لعدم ملك المحرم له).

وقد ألمعنا إلى بعض الكلام في ذلك في السابق، وقد ذكرنا في كتاب الرهن عارية الرهن، ولذا لا حاجة إلى تكراره هنا.

ثم إنه حكي عن ابن الجنيد ضمان عارية الدابة، ولكن الظاهر أنه لا دليل عليه، فمقتضى القاعدة عدم الضمان كسائر المستعارات.

ولو أعاره بشرط الضمان فلم يقبل الشرط المستعير في قلبه، فمقتضى القاعدة الضمان، لظهور أن العارية لم تقع فلا رفع شرعي للضمان، وذلك يسبب شمول «على اليد» له بدون محذور، بالإضافة إلى قاعدة «ما يضمن بصحيحه» كما ألمعنا إليه فيما تقدم.

ومنه يعلم أنه لو قال الآخذ: عارية مضمونة، فأعطاه المعير بهذا الشرط ضمن.

وفي رواية الصدوق: إن النبي (صلى الله عليه وآله) استعار من صفوان بن أمية سبعين درعاً حطمية وذلك قبل إسلامه، فقال، أغصب أم عارية يا أبا القاسم، فقال (صلى الله عليه وآله): «بل عارية مؤداة»[3]. فجرت السنة في العارية إذا شرط فيها أن تكون مؤداة.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٤١.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٤١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٦ الباب ١ من أبواب العارية ح٤.

وفي رواية الخصال، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «جرت في صفوان بن أمية الجمحي ثلاث من السنن، استعار منه رسول الله (صلى الله عليه وآله) سبعين درعاً حطمية، فقال: أغصب يا محمد، فقال (صلى الله عليه وآله): بل عارية مؤداة، فقال: أقبل هجرتي، فقال (صلى الله عليه وآله): لا هجرة بعد الفتح، وكان راقداً في مسجد رسول الله (صلى الله عليه وآله) وتحت رأسه رداؤه فخرج يبول، فجاء وقد سرق رداؤه، فقال: من ذهب بردائي، وخرج في طلبه فوجده في يد رجل، فرفعه إلى النبي (صلى الله عليه وآله) فقال: اقطعوا يده، فقال: أتقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله، فأنا أهبه له، فقال: ألا كان هذا قبل أن تأتيني به فقطعت يده»[1].

ثم إنه حيث ينفذ الشرط في العارية يصح أن يكون الشرط خاصاً بشيء دون شيء، وبزمان دون زمان، وبمكان دون مكان، كما إذا أعاره مائة من الإبل وضمنه في عشرة منها مثلاً معيناً، أو على سبيل البدل، أو ضمنه إذا تلفت في يوم الجمعة لا في سائر الأيام، أو في مدينة كذا لا في مدينة كذا، إلى غير ذلك من الخصوصيات، لأن الشرط حسب ما شُرط.

ثم إنه يصح إسقاط الشرط من المعير بعد أن شرطه، أما من المستعير فإنه لازم عليه.

قال في القواعد بعد ذكر موارد الضمان في العارية: (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً، وإلاّ فالقيمة يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف، ويجب رد العين مع الطلب والمكنة، فإن أهمل ضمن).

أقول: حيث تقدم الكلام في هذه الأمور فلا داعي إلى تكرارها، كما أن قوله: (ويجب رد العين مع الطلب) هو مقتضى القاعدة.

(١) الخصال: ص١٩٣ ح٣٦٨.

(مسألة ١٥): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لاخلاف ولا إشكال في أن المستعير إذا رد العارية إلى المالك أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص برئ على حسب غيرها من الأمانات ونحوها، كما أنه لا إشكال ولا خلاف عندنا في أنه لو ردها إلى الحرز الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا إذن منه لم يبرأ، بل هو ضامن لها مع التفريط بها).

وكلا الحكمين موافق للقاعدة، لدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1]، فإنه يقتضي سقوط الضمان بالأداء، كما أنه يقتضي أن ليس الأداء بالإيداع في الحرز إذا لم يكن الحرز تحت يد المالك بما يعد أداءً للمالك أو إذن من المالك.

ومنه يعلم أنه من قسم وكيل المالك فيما إذا أذن له بأن يؤديه إلى إنسان، كما إذا قال له: أعط العارية إلى الفقير الفلاني، أو إلى فقير ما، أو ما أشبه ذلك، فإنه وإن لم يكن ولياً أو وكيلاً لكنه داخل في قسم من الوكلاء في أمثال هذه العبارات، وحيث ذكر في باب التسليم من كتاب البيع بعض خصوصيات التسليم، فلا حاجة إلى ذكرها هنا، لأن المقامين من باب واحد.

ثم قال الشرائع ممزوجاً معه أيضاً: (ولو استعار الدابة إلى مسافة معينة مثلاً فجاوزها، ضمنها عيناً ومنفعةً للتعدي، ولو أعادها إلى المسافة الأولى المأذون فيها لم يبرأ من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدي للأصل وغيره، أما المنفعة فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العارية بذلك، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور في عقد العارية يقتضي تقييده بعدم التعدي أو التفريط، فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية إباحتها غير مضمونة).

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

لكن يمكن أن يقال: إن مدة التعدي يكون ضامناً لا بعدها، كما إذا أودعه دابة فلم يضعها في الحرز مما عدّ تعدياً أو تفريطاً وبعد ذلك أدخلها في الحرز، فإن الضمان حينئذ لا وجه له، والأصل مقطوع بانتفاء موضوعه، وهذا الذي ذكرناه هو مقتضى القاعدة وإن كان المشهور خلاف ذلك.

فعن الغنية والسرائر والمبسوط أنه إذا استعار من غيره دابة ليحمل عليها وزناً معيناً فحمل أكثر، أو ليركبها إلى موضع معين فتعداه، كان متعدياً ولزمه الضمان ولو ردها إلى المكان المعين بلا خلاف ظاهر.

وفي القواعد: (ولو تجاوز المأذون ضمن، والظاهر أنه يشمل ما إذا استعار دابةً ليركبها إلى موضع معين فتجاوزه، وما إذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه، أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشد ونحو ذلك)، كما في مفتاح الكرامة، لكن قد عرفت أن الدليل الأصل ونحوه، وهو لا يصلح دليلاً.

ومنه يعلم أن جواب الجواهر عن المحدث البحراني حيث أشكل على المحدث المذكور الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة، وذلك لأن العارية أن انفسخت بالتعدي المزبور اتجه ضمان العين والمنفعة مطلقاً وإلا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه، انتهى، بقوله:

(وفيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان وهو التعدي المزبور الذي ليس في الأدلة ما يقتضي انفساخ العارية به وبالتفريط، فهو حينئذ على مقتضى تسبيبه الضمان حتى في المأذون فيه، إذ لا تنافي بين العارية والضمان بسببه أما المنفعة فهي على إذن العارية).

غير ظاهر، لأن العارية ما دامت باقية فمقتضى القاعدة عدم الضمان بالنسبة

إلى العين والحق في الاستنفاع بالمنفعة، فالتفكيك يحتاج إلى الدليل المفقود، وعليه فإذا استعار الدابة من النجف إلى كربلاء ذهاباً وعوداً، فتعداها إلى الكاظمية ثم رجع إلى كربلاء، فالظاهر أن الرجوع بها إلى النجف داخل في المأذون، إلاّ إذ كان الإذن مقيداً بعدم التعدي.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق مفتاح الكرامة، حيث قال: (فإذا استعار من بغداد إلى الحلة فتجاوزها إلى الكوفة فعليه أجرة ما بين الحلة والكوفة ذهاباً وعوداً، وهل تلزمه الأجرة من الحلة إلى بغداد، في التذكرة أن الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهة المالك، وقد يقال: إن هذا الإذن انقطع بالمجاوزة فليس له الركوب من الحلة إلى بغداد، بل يجب عليه دفعها إلى حاكم الحلة).

ولا يخفى أن مثل حال الزيادة في المسافة حال الزيادة في الحمل ثم الرجوع إلى الحمل المقدر، وحال الشدة في السير ثم الرجوع إلى السير المتوسط، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعرف حال ما إذا استعار الدار ليسكن فيها كل شهر رمضان مثلاً لا أكثر، ثم سكن فيها شهر رمضان وشوال بالنسبة إلى شهر رمضان، أو ليسكن فيها هو وعائلته، ثم أسكن فيها بالإضافة إلى عائلته عائلة غيره أيضاً، ثم خفف بأن أسكن فيها عائلته فقط، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(مسألة ١٦): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا خلاف ولا إشكال في أنه يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير، وبالعكس، وللأجنبي، بل يجوز بيع المستعير لغيره أي المعير مع الإذن وبدونها، بل مع النهي على الأشبه بأصول المذهب وقواعده التي لا ينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه إياه، فإنه لا يخرجه عن المالية المسوغة لبيعه).

وفي القواعد قال: (لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن أجنبي).

وفي مفتاح الكرامة: (أما بيع المستعير للمعير فمما لا خلاف فيه فيما أجد، قال في المسالك: الخلاف في بيعه لغير المعير، قلت: وكذا لا خلاف في بيع المعير للمستعير وللأجنبي، وإنما الخلاف في بيع المستعير للأجنبي، ففي المبسوط أن الأقوى أنه لا يجوز لأنه لا يمكن تسليمه، وقد تقدم أنه قوّى في المبسوط: أنه ليس له الدخول فلا يمكن التسليم، وفي التحرير أنه يبتني على جواز الدخول، فإن سوغنا جاز البيع وإلا فلا).

ثم إن المانع استند تارة إلى عدم جواز الدخول، وأخرى إلى أنه في معرض الهدم، لأن ملكه غير مستقر، وفي كلا الأمرين نظر، لأن الاشتراء لا يلازم الدخول، وكونه في معرض الهدم لا يضر البيع، ولذا ردوه بأن الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه، وكذا العبد المستحق للقتل قصاصاً.

قال في الجواهر: (إن التسليم في مثله التخلية، والانتفاع ممكن باستيذان المعير أو الاستيجار منه ونحو ذلك، وحرمة الدخول على المشتري والانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العارية الإذن للأول لا ينافي جواز الشراء، وإن وجب عليه

حينئذ الاستيذان في البقاء من حينه، فإن لم يحصل كانت الأصول والآلات في مقابلة ثمنه).

ثم إنه لا فرق بين البيع مع علم المشتري ومع جهله، منتهى الأمر أنه مع جهله مسلط على الفسخ، لظهور البيع في استحقاق البقاء واستحقاق الدخول فيتسلط على الخيار لقاعدة «لا ضرر»[1] ونحوها.

ويظهر من جواز البيع جواز الصلح والإجارة وغيرهما من سائر أنواع المعاملة.

كما يعلم منه أنه لو استعار الدار وملأها بأثاثه صح لكل من صاحب الدار والأثاث أن يبيع ماله من صاحبه ومن غيره، وكذلك إذا ابتلعت دابة جوهر إنسان آخر.

ثم المحكي عن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة أنهما لو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صح، ووزع الثمن عليهما، وذلك بأن يقسط الثمن على أرض مشغولة به على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرش أو الإبقاء بالأجرة أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه، فلكل حصة ما يملكه.

وتبعهم في ذلك صاحب الجواهر حيث قال: (ولو باع المستعير والمعير الأرض وما فيها بثمن واحد صح، ويوزع الثمن على قيمة مال كل منهما، فيقوم الغرس والبناء في أرض مستعارة، والأرض مشغولة عارية بذلك، نعم يلحظ النسبة بينهما ويوزع الثمن عليهما كما هو واضح).

ومن ذلك يعلم أنه لو باعهما أحدهما فضولة عن صاحبه وأجاز الآخر صح، وكما يوزع الثمن عليهما على النحو المذكور يوزع الأجرة عليهما كذلك فيما

---

(١) الكافي: ج٥ ص٢٩٢ ح٨، الوسائل: ج١٧ ص٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح٥.

إذا آجراه.

والظاهر أنه لا حق للمستأجر في الفسخ إذا علم بأنه ملك لاثنين فيما إذا استأجره من وكيلهما، إذ ليس ذلك بنقص، اللهم إلاّ إذا كان ذلك يعد نقصاً لقوانين من الظلمة تقتضي ذلك، حيث له الفسخ حينئذ.

كما أنه إذا اشتراهما من وكيلهما بدون أن يعلم أنهما لاثنين لا يحق له في الفسخ بالخيار، إلاّ في الصورة المستثناة في الإجارة، وكذا الحال في اشتراء أو استيجار الأرض المشتركة، إذ كثيراً ما الحكومات تجعل ضريبتين متزايدتين على قطعتين من الأرض، بينما تجعل ضريبة أخف من الضريبتين على قطعة واحدة من الأرض.

وعلى أي حال، فإذا لم يكن في الاشتراك عيب آخر فلا حق للمشتري والمستأجر ونحوهما في خيار الفسخ لأصالة لزومهما.

(مسألة ١٧): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا حملت الأهوية أو السيول حباً مثلاً إلى ملك إنسان فنبت، كان لصاحب الأرض إزالته بعد فرض امتناع المالك عنها من غير مراجعة للحاكم ولا يضمن له الأرش، بل ربما استحق عليه الأجرة على ما تسمع، كما في مسألة أغصان الشجرة البارزة إلى ملكه، وظاهر المصنف اتحاد الحكم في المسألتين).

وفي القواعد: (ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على القلع، والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه، ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً).

وفي مفتاح الكرامة: (إن هذا الحكم هو الذي أفتى به المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وفي التذكرة: لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه أو لوزه إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض رده على مالكه إن عرفه، وإلا كان لقطة، فإن نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً فإنه يكون لصاحب الحب والنوى والجواز واللوز، لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض، لا نعلم فيه خلافاً).

أقول: مقتضى القاعدة أنه لا فرق بين أن يحمل الهواء ونحوها الحبة ونحوها إلى أرض الغير، أو أن جذور أرض الغير جاءت إلى أرض إنسان آخر حتى نبتت فيها، كما هو كثير في الأراضي المجاورة، لوحدة الحكم في البابين.

ثم إن كان صاحب الحب ونحوه أعرض عن حبه، ولا ضرر ولا أذية لملك الغير منه، فإنه يصبح من المباحات الأصلية، ولا فرق أن يكون الإعراض حينئذ قبل إلقاء الهواء له في أرض الغير أو بعده.

نعم لا يبعد أن يكون لمالك الأرض إلزام مالك الحب بالإزالة إذا عدّ تصرفاً

في ملكه وكان الإعراض بعد الإلقاء، إذ التصرف حرام وإن لم يكن ضرر ولا أذية بالنسبة إلى المتصرف في ملكه، أما إذا كان الإعراض قبل الإلقاء، فالهواء إنما حملت ما ليس بملك أحد إلى ملك غيره، فلا يصح لمالك الأرض أن يلزم مالك الحب سابقاً بإزالته، إذ الملك السابق لا يؤثر في تكليفه بالإزالة ولو كان أذية له، ولو كان الإعراض بعد الإلقاء إذا كان أذية أو ضرراً وجبت الإزالة.

ولو أرادت دابة دخول دار الغير مما يعد أذية له أو ضرراً، فقال صاحبها: أعرضت عنها، لئلا يبتلي بتوابع الدخول، فهل يكفي الإعراض في ذلك أم لا، احتمالان من أنها لم تكن ملكه حين الدخول، ومن أنه يعد عرفاً ضاراً.

ومنه يعلم حال ما إذا حملت الهواء فأعرض قبل الإلقاء، وحال ما إذا عقر الكلب وأعرض عنه قبل العقر، إلى غير ذلك من الأمثلة، وإن كان الأحوط الضمان في كل ذلك.

ثم الظاهر أنه إذا أعرض صح له استرجاعه قبل تملك الغير دون ما بعده، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن الإعراض يوجب لحوق الملك بالمباحات الأصلية، فهو لمن سبقه، فإذا سبقه غيره لا يصح له أن يسترجعه، بخلاف ما إذا لم يستملكه غيره.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك: من أنه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقية، لأن ذلك بمنزلة الإباحة، ولذا قال في الجواهر عليه: إنه قد يشكل بأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ومنع كونه أولى، بل ينبغي الجزم بذلك، بناءً على صيرورته كالمباحات بالإعراض، وعلى هذا فمع فرض الإعراض لمالك الأرض وغيره تملكه، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه وإن كان كثيراً، وإذا أعرض المالك وجاء الغير إلى الأرض وأخذه صار له

وإن كان دخوله في الأرض حراماً، لعدم المنافاة بين الأمرين.

ثم الظاهر أنه إذا نبتت النواة أو جذور شجرة الغير كان مشتركاً بين مالك الأرض ومالك النواة، بل إذا كان الماء لشخص ثالث كان هو أيضاً مشتركاً، لأنه نتاج الجميع، كما ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الغصب، خلافاً للمشهور حيث يجعلون ذلك لمالك الحب فقط.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الحب المحمول قليلاً كحبة حنطة، أو كثيراً، لإطلاق الأدلة، فاحتمال الفرق غير ظاهر الوجه.

قال في المسالك: (ولو كان قليلاً لا يتمول كنواة واحدة وحبة واحدة فنبتت احتمل كونه لمالك الأرض إن قلنا لا يجب رد مثله على مالكه، لانتفاء حقيقة المالية فيه، والتقويم إنما حصل في أرضه، والأقوى عدم جواز تملكه مطلقاً فيكون حكمه كما تقدم).

وما قواه هو القوي، إذ لا تسليم لانتفاء حقيقة المالية فيه.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم أن لصاحب الأرض جبر مالك الحب على القلع إن لم يعرض قبل حمل الهواء على ما تقدم، وإن أعرض قبل حمل الهواء ليس له ذلك، لأنه ليس ملكاً له حتى يجبره على ذلك.

ومنه يعلم وجه إشكال الجواهر على من أطلق الإجبار، قال: (الظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الأرض على جبره على القلع بعد تحقق الإعراض عنه، ولكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به، بل وقبله بناءً على عدم خروجه عن الملك بذلك، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الأرض و لم يقبله).

لكن قوله: بناءاً إلخ، غير ظاهر الوجه، لما عرفت من أن الإعراض مخرج

عن الملك، فمقتضى القاعدة هو التفصيل المذكور، نعم قد ذكرنا في كتاب الغصب تفصيلا، وألمعنا إليه في بعض المسائل السابقة في هذا الكتاب حول الإجبار، وأنه إنما يكون فيما إذا لم يكن إسراف يمنع عنه الشرع، و لم يكن من تعارض الضررين، حيث يقدم لا ضرر مالك الحب على لا ضرر مالك الأرض.

ثم إنه لو أفسد الحب الذي نبت زرع صاحب الأرض أو أرضه أوما أشبه فمقتضى القاعدة أن المالك للحب ونحوه إن كان مقصراً كان ضمانه عليه، وإلا لم يكن عليه ضمان لأصالة البراءة بعد أن لم يكن تسبيب.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا فعل الحيوان فعل الهواء لاشتراك العلة في الاثنين.

أما لو أن إنساناً فعل ذلك، فالظاهر أن عليه خسارة كل طرف منهما، سواء كان عامداً أم لا، إذ الضمان لا يتبع العمد.

أما مؤنة النقل عن أرض الغير فيما إذا لم يكن إعراض قبل ذهاب الهواء به إلى أرض الغير، فالظاهر أنها على مالك الحب، وإن أعرض بعد ذلك، لأنه لما كان ملكه وجب عليه نقله فإعراضه لا يفيد سقوط الوجوب عليه، بل هو من قبيل أن يملأ دار الغير بالنفايات ثم يعرض عنها، فإن الإعراض لا يسبب عدم وجوب تخليتها منها بدليل «لا ضرر» وغيره.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق التذكرة، حيث قطع بسقوط مؤنة نقله وأجرته عنه، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغولة إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه، ولذا قال في الجواهر: (إنه لا يخفى عليك ما فيه، بناءً على وجوب تخليص ملك الغير منه، ضرورة أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به، أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الأخرى، وهي ما لو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل، معللين له بأن ملكه قد شغل

أرض غيره بغير حق فيجب تخليصه منه والتسوية وطم الحفر، بل صرح بعضهم بوجوب الأجرة عليه للمدة بعد امتناعه، لأنه كالغاصب حينئذ)[1].

ومنه يعلم أن مناقشته بعد ذلك في الأجرة غير ظاهر الوجه، حيث قال: (بل قد يناقش في الأجرة مطلقاً للشك في وجوب التخليص عليه بعد أن لم يكن الشغل منه للأصل، وكونه مالكاً لا يقتضي ذلك، نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك إزالته عن ملكه كما عبر به المصنف).

إذ مال مالك الحب هو الشاغل لأرض الغير، فهو كما إذا سقط درهمه في محبرة غيره ثم أعرض عن الدرهم، فإن الإعراض لا يوجب عدم ضمانه، والتقصير وعدم التقصير لا تأثير له في الضمانات، ولذا لو دعى غيره إلى مترله فعقره كلبه كان ضامناً، وإن لم يكن مقصراً في عقر الكلب له، وكذا إذا انقلب الظئر على الطفل فمات، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل والتتبع.

قال في مفتاح الكرامة: (قال في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد: إن له على المالك أجرة الأرض لأنها حصلت فيها بغير صنع منه، وفي الأخير: إن ذلك إذا قصر في القلع، وقضية كلامه أن ليس عليه أجرة إن لم يقصر فيه، وقد يقال: ليس عليه أجرة أصلاً، لأنه قد حصل بغير تفريط فأشبه ما لو ماتت دابته في دار إنسان بغير تفريطه، فليتأمل).

والمسألة سيالة في كل ما سبب ملك إنسان ضرر إنسان آخر بدون تقصير من ذلك الإنسان المالك، هل يجب على المالك تدارك الخسارة، لأن الضرر توجه منه إلى ذلك الإنسان، أو لا يجب مطلقاً، أو أنه فرق بين أن يكون قد أعرض عن ماله قبل أن يدخل ملك غيره، أو يعرض عنه بعد دخول ملك غيره.

ثم إنك حيث قد عرفت أن المدار في المقام هو عدم الإسراف في القلع، لأنه

---

(١) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٩٢.

محظور شرعاً، وتقدم الضرر الأقل على الضرر الأكثر في تعارض الضررين، لأنه مقتضى «لا ضرر» تعرف وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (إنه لم يجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار في الزرع الذي له أمد ولا دفع الأرش فيه أو في الشجر كما ذكروه في العارية ونحوها. بل صريح بعضهم عدمه مع أنك قد سمعت أن بناء ذلك في العارية على تزاحم الحقوق، وعدم كونه ظالماً في عرقه، وإلا فالإذن له يجوز له الرجوع فيها لأنها حصلت في ضمن عقد جائز، وإجراء قاعدة تزاحم الحقوق ومراعاة الأكثر ضرراً والقرعة ونحوها في المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام فهو مساو له، مثل دابة وضعت رأسها في قدر شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلاً ونحو ذلك، فلابد من ملاحظة الفرق بين المقامين، ولعله قاعدة أخرى وهي وجوب تخليص ملك الغير عما اشتغل فيه من ملك آخر).

بالإضافة إلى أن القاعدة الأخيرة لا دليل عليها إلاّ العمومات أمثال «لا ضرر» و«لا يتوى» وما أشبه.

ثم إن القواعد قال: (والأقرب أن عليه تسوية الأرض، لأنه قلعه لتخليص ملكه)، وفي مفتاح الكرامة: (كما في التحرير، والأقوى كما في الإيضاح، والأصح كما في جامع المقاصد، وبه جزم في التذكرة قائلاً: فأشبه فصيلاً دخل دار إنسان ثم كبر فاحتاج صاحبه إلى نقض باب الدار، فإن عليه رده وإصلاحه، لأنه فعله لتخليص ملكه).

أقول: ولا فرق في ذلك بين أن يكون صاحب النواة هو الذي قلع الشجرة أو صاحب الأرض، وذلك لأن شغل أرض المالك لما كان بغير حق وجب أن يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى، فإذا لم يفعله وفعله مالك الأرض كان

الحكم كذلك فيما يحدث من الضرر على صاحب الأرض، فيجب على مالك النواة إزالته، وقد عرفت سابقاً أنه لو أعرض عنه لم ينفع ذلك، فحاله حال ما إذا أعرض عن دابته في دار غيره أو عن درهمه في محبرة غيره أو ما أشبه ذلك.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامة: (إذا كان النوى والحب مما أعرض عنه المالك فلصاحب الأرض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه). محل نظر في كلا فرعيه.

ثم إن المسالك قال: (ولو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين، ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، فلو تركه من غير نية التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطة، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك في جواز التصدق به عنه من غير تعريف).

وقد أشكل على المحصور في الجواهر بقوله: (فيه إن هذا الوجوب لا وجه له، لتمسك كل منهم بأصل البراءة السالم عن معارضة باب المقدمة في الفرض المعلوم عدمها فيه، فالمتجه حينئذ إزالته بنفسه عن ملكه بعد مراجعة الحاكم أو بدونه، ولكن يسلم المال إلى الحاكم)، وفيه: إن مقتضى القاعدة هو جريان قاعدة العدل، فهو كما إذا سرق أحدهما مال زيد، أو خولط ماله بماله، فإنه يجب جريان قاعدة العدل، وكذا إذا علم زيد أن أحد هذين يطلبه ديناراً.

وقد قال بمثل ذلك الجواهر في كتاب الخمس، ففي الماليات لا تجري أصل البراءة وإنما ذلك في مثل واجدى المني ونحوه على ما ذكره الشيخ في الرسائل، على إشكال في بعض الصور منه أيضاً.

كما أن ما ذكره المسالك في الشق الثاني بأنه بمنزلة اللقطة هو مقتضى القاعدة، وقول الجواهر فيه: (إنه إلى مجهول المالك أقرب منه إليها لعدم تحقق كونه مالاً ضائعاً ولو بقرينة، بل هو

كالثوب الذي أطارته الريح)، فيه: إن مفروض الكلام كونه مالاً ضائعاً، وكذلك حال الثوب الذي أطارته الريح.

أما قول جامع المقاصد: (ولو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض فهو مال مجهول المالك)، فلعله لا يريد بما يقابل اللقطة.

وفي مفتاح الكرامة: (هو لقطة، كما عن التذكرة يجب تعريفه إلاّ أن يحصل اليأس من مالكه في الحال فيجوز التصدق به، وإن أراد تملكه فلابد من التعريف) [1].

وعلى أي حال، فهو محتاج إلى التعريف، نعم إذا لم يعلم هل له مالك أو لا، إذا لم يكن استصحاب كان من مجهول المالك و لم يكن من اللقطة.

ثم إن المسالك قال: (ولو حمل السيل أرضاً بشجرها أو بدونه فهي لمالكها ويجبر على إزالتها كما مر، وفي جميع ذلك لو تركه مالكه لصاحب الأرض الذي انتقل إليها، فإن قبله فلا كلام، وإلا ففي وجوب إزالته على مالكه وجهان).

والفرع الأول: كما ذكره على ما تقدم دليله في شبهه.

وأما الفرع الثاني: فإن مقتضى القاعدة وجوب الإزالة لما عرفت سابقاً، فلا وجه لعدم وجوب الإزالة.

ثم إن مما تقدم من كون المالك للحب مشتبهاً، وأن مقتضى القاعدة جريان قاعدة العدل، يعرف ما إذا كان مالك الأرض مشتبهاً بين نفرين أو أكثر، حيث مقتضى القاعدة جريان قاعدة العدل، ولو حمل السيل أو الهواء من بستان الجار أو داره، فقال الجار: ليس مالي، وقال صاحب الأرض: بل هو مالك، احتاج صاحب الأرض إلى الدليل، وإلا حلف صاحب البستان.

كما أنه لو انعكس بأن ادعى صاحب الدار أو البستان أن السيل حمله من داره أو بستانه، وأنه ماله، وأنكر صاحب الأرض، احتاج صاحب البستان أو

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤١٥ ــ ٤١٦.

الدار إلى الدليل على كونه مالاً له، ويكفي لصاحب الأرض الحلف على عدم علمه بأنه له، إذا لم يكن لصاحب البستان الحجة، و لم يدع صاحب الأرض علمه بأنه ليس له، وإلا احتاج إلى الحلف على العدم.

(مسألة ١٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لونقصت العين المستعارة بسبب الاستعمال المأذون فيه، ثم تلفت، وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها، كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف والحواشي، لأن النقصان المذكور غير مضمون في نفسه، ولا مندرج في إطلاق ضمان المشترط، نعم لو نص عليه في الشرطية اتجه ضمانه).

وهو كما ذكروه، نعم قد ذكرنا في كتاب الغصب أن مقتضى القاعدة الضمان يوم التسليم، لا يوم التلف، لأنه حين التلف ينتقل إلى الذمة، وإنما يوم التسليم ينتقل إلى القيمة.

قال في المسالك: (إذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف، وضمان نقصانه على تقديره، وضمانهما معاً على تقديرهما، وقد يطلق اشتراط الضمان، ولا شبهة في اتباع مقتضى شرطه في الثلاثة الأول فيضمن العين خاصة في الأول، والنقصان خاصة في الثاني، إلى أن ينتهي حالات تقويمه باقياً وضمانهما معاً في الثالث، وإنما الكلام عند إطلاق اشتراط الضمان وهو مسألة الكتاب، والمصنف (رحمه الله) جزم بأن الإطلاق متزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف، لأن النقص حصل بفعل مأذون فلا يكون مضموناً، لأنها لو لم يتلف وردها على تلك الحال لم يجب شيء، فإذا تلف وجبت مساويها في تلك الحال).

أقول: المتبع الظهور، وإن كان بالنسبة إلى النقص، إذ ليس النقص من لوازم الاستعمال، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً، ولو فرض اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه، بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هي نفس النقص المزبور لم يضمن.

و لم يعرف وجه قول الجواهر أنه في هذه

الصورة يتجه عدم صحة اشتراط ضمانه، لأن الضمان حكم وضعي، والاستعمال حكم تكليفي ولا منافاة بينهما. وقوله بعد ذلك: (إن اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل مجرد تصور وهمي)، غير ظاهر، فإنا نرى في العطور وما أشبه أنها تنقص بمجرد فتح رأس القنينة ووضعها في الغرفة لطيرانها بالبقاء.

ومما تقدم ظهر الإشكال في موضعين:

الأول: تنزيل الإطلاق على ضمان العين خاصة، بدليل أنه المتبادر من إطلاق النص والفتوى في المعير والمستعير، ولا يخطر ضمان الأجزاء بالبال، لأنه لا تكاد تنفك عارية غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيراً إلاّ ما قل، كما نبه عليه في المبسوط، إذ لا نسلم أن الإطلاق مطلقاً كذلك، بل اللازم ملاحظة العرف والقرائن.

نعم لو شك في ضمان الأجزاء والمنفعة كان الأصل عدم الضمان، لأنه مقتضى العارية إلاّ ما خرج بالدليل.

الثاني: في استشكال العلامة في ضمان الأجزاء، حيث قال: (لأن النقص غير مضمون على إشكال)، وكأنه لاستناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً، ومن أنها عين مضمونة بالاشتراط.

ونحوه ما عن الكفاية وجامع المقاصد حيث قال: (إنه قد تعارض في تضمين الأجزاء الذي هو مقتضى تضمين العين، والإذن في الاستعمال الذي هو مقتض لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان، وهو محل تردد)، لكنه قال بعد ذلك: (لا أستبعد ضمانها ـــ أي الأجزاء ـــ لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، ولا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً وهو قوي جداً).

وقد غرفت أنه لا وجه للإشكال المذكور، ومقتضى القاعدة الضمان، والظاهر أنه تبع في هذا القول فخر المحققين حيث جعل الضمان الأصح، وحكاه عن أبي

علي وأبي الصلاح، وتبعهم المسالك، واحتمل في مفتاح الكرامة حمل خبر وهب على ذلك، وهو ما رواه عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): أن علياً (عليه السلام) قال: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حراً صغيراً فهو ضامن»[1]، قال: (وقد حمله في الاستبصار على ما إذا استعار من غير مالكه تارة، وعلى ما إذا فرط في حفظه أو تعدى تارة، وعلى ما إذا اشترط الضمان عليه أخرى، وهذا قد يوافق ما في الإيضاح وجامع المقاصد).

لكن لا يخفى ما في الاستدلال بذلك لقول الجواهر: (إنه ظاهر في غير محل الفرض الذي هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال كانمحاق الثوب ونحوه، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه، فإنه لا شك في اندراجه في إطلاق الضمان المشترط الذي هو الجملة والأجزاء كما هو واضح)[2].

وعلى أي حال، فالظاهر صحة شرط الضمان في النقص، سواء كان بالاستعمال أو بالتلف، ولا يبعد أن يكون الخبر محمولاً على التعدي أو التفريط، لأن العيب غالباً لا يكون إلاّ بسبب ذلك.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (وعلى القول بالضمان فإنه يضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، لمكان ذهاب الأجزاء على التدريج، كالثوب يلبس وينسحق على التدريج، ولا يضمن الأعلى لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمة السوقية، لأن ذلك ليس من مدلول ضمان العين، على أنا لم نوجبه على الغاصب).

وفي كلامه الأخير نظر، لأنه لا فرق في الضمان بين اختلاف القيمة السوقية

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح١١.

(٢) جواهر الكلام: ج٢٧ ص١٩٤.

وغيره، وكأن الجواهر أشار إلى مثل هذا الإشكال حيث قال: (وقد وقع في بعض الكتب المتأخرة هنا ما لا ينبغي أن يسطر، فلا تغفل).

وعليه، فإذا شرط الضمان فكانت القيمة عند تسلم العارية مائة، وعند التلف مائتين مثلاً، وجب عليه إعطاء المائتين، كما أنه لو نقصت القيمة فصارت خمسين كان مقتضى القاعدة ضمان خمسين، إلاّ أن يكون نص أو ظهور في الضمان بقدر قيمة وقت التسلم، سواء زادت بعد ذلك أو نقصت.

والحاصل: إنه إن قدر الضمان بالقدر المعين عند الشرط فهو، وإلا فإذا كان الشرط مطلقاً فالمرجع العرف في قدر ألفهم، وإذا كان مجملاً كان المتبع الأصل على ما تقدم، ثم يأتي الكلام في قدر القيمة هل هو من حين التسلم إلى حين التلف أو إلى حين التسليم على ما ذكرناه سابقاً، وذكرنا مثله في كتاب الغصب، فإن المتبع هو الظهور ثم العرف ثم الأصل.

ثم النقص لو لم يوجب شيئاً، أو أوجب زيادة القيمة، كما في الحيوان إذا خصي، فالظاهر أنه لا شيء على المستعير، سواء كان الضمان بالتعدي والتفريط، أو بالشرط، ولو بدونهما لفرض أنه لم ينقص شيء من القيمة.

نعم لو كان الشرط الضمان بقدر المنقوص وإن لم تنقص من القيمة وجب إعطاء قيمة المنقوص، كما إذا قطع ألية الغنم وكانت للألية قيمة، وإن لم تنقص قيمة الغنم بذلك أو زادت به.

والظاهر صحة شرط العكس وهو أنه لو زادت القيمة كانت الزيادة للمستعير، كما إذا سمنت الدابة عنده أو نمت الشجرة أو نحو ذلك، لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم، ولا يلزم أن تكون الزيادة من عمل المستعير، لأن

الاستدلال ليس بـــ ﴿أن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾[1]، وإنما الاستدلال بالشرط، والشرط يصح أن يكون ولو بدون سعي المستعير.

كما يصح اشتراط أن يكون الزيادة أو النقص على ثالث أو له، أما له فلا حاجة إلى شيء، وأما عليه فيصح إذا كان في ضمن عقد ونحوه مما يكون ملزماً للثالث.

وكما يصح شرط كون النقص مطلقاً على المستعير، يصح شرط كون بعض أقسام النقص عليه دون بعض أقسام النقص، لأنه مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم»[2]، كما هو واضح، وكذلك في طرف الزيادة.

ثم إنه لو شرط ضمان النقص، فإن كان المراد النقص حين التسليم إلى المعير لم يكن على المستعير شيء إذا نقص وكمل، كما إذا انكسرت رجل الدابة ثم جبرت، أو هزلت ثم سمنت، أما إذا كان الشرط أن النقص في حين النقص مضمون وإن رجع إلى الكمال، كان مثل الهزال والكسر مضموناً، وإن رجعت الدابة إلى حالتها السابقة عند التسليم، وذلك لمقتضى دليل الشرط.

ومنه يعلم الحال فيما إذا سمنت الدابة ثم هزلت هزالاً بقدر وقت تسلمها عن المعير، فإن السمن قد يكون مضموناً وقد لا يكون مضموناً على حسب الشرط.

---

(١) النجم: الآية ٣٩.

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور. الاستبصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٤.

(**مسألة ١٩**): قال في الشرائع: (إذا قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: أجرتكها، فالقول قول الراكب، لأن المالك مدع للأجرة، وقيل: القول قول المالك في عدم العارية، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أجرة المثل لا المسمى، وهو الأشبه، ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب، لأن المالك يدعي عقداً، وهذا ينكره).

وقال في القواعد: (لو ادعى العارية والمالك الإجارة في الابتداء صدق المستعير، ولو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما على إباحة المنفعة والأصل براءة الذمة من الأجرة، وتصديق المالك بيمينه لأن الأصل مملوك فكذا المنفعة، فيحلف على نفي العارية، ويثبت له الأقل من أجرة المثل والمدعى).

أقول: مقتضى القاعدة هو التحالف، لأنا قد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن الملاحظ في الدعوى المصب لا المآل فيتحالفان، حاله حال ما إذا ادعى أحدهما العارية والآخر الصلح، أو أحدهما الصلح والآخر الإجارة أو ما أشبه ذلك، لأنه لا جامع بين الأمرين، فإذا بطل حسب الظاهر كل من الإجارة والإعارة، فعلى مدعي العارية إعطاء الأجرة، سواء كانت أقل مما يدعيه المالك أو أكثر أو مساوياً.

نعم لو كان المالك يدعي الأقل يحتمل أن ليس له على مدعي العارية التفاوت، لأنه بنفسه ينفيه، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

وفي مفتاح الكرامة نقل في المسألة أقوالاً ستة، وجعل هذا القول الذي اخترناه هو قول المختلف والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومزارعة القواعد والإرشاد وجامع المقاصد والروض، وأنه نزل الشهيد

عبارة القواعد في الحواشي المنسوبة إليه على ذلك، لأن كلاً منهما مدع ومدع عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة والراكب على نفي الإجارة.

والثاني: هو أن القول قول الراكب المستعير، وهو خيرة عارية الخلاف والمبسوط، مع تقييد العارية في المبسوط بما إذا كانت مضمونة، والغنية واللمعة ومجمع البرهان والكفاية، وبه قال أبو حنيفة، واستدلوا لذلك بأنهما اتفقا على أن تلف المنافع كان على ملك المستعير، لأن المالك يزعم أنه ملكها بالإجارة، والمستعير يزعم أنه ملكها بالاستعارة، وقد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه، والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمته.

والثالث: إن القول قول المالك في عدم العارية، لموافقته الأصل والظاهر الغالب، ولا يقبل قوله فيما يدعيه من الإجارة، وهو خيرة الشرائع والتحرير في الباب وباب المزارعة وإجارة المهذب ومزارعة التذكرة، وهو محتمل من إجارة المبسوط والشرائع أو ظاهرهما، لأن المالك مدع فإذا حلف على نفي العارية لم تثبت الإجارة، ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه، فيثبت عليه أجرة المثل.

والرابع: هو ما تقدم عن القواعد، واختاره الإرشاد أيضاً.

والخامس: القرعة في تقديم حلف أيهما، وهو مختار الشيخ في مزارعة الخلاف، وجعله في المبسوط أحوط.

قال في الخلاف: (والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، ومن خرج اسمه حلف وحكم له به)[1]، ومعناه أن معرفة المدعي والمنكر مشتبهة عليه في المقام فيجب المصير إلى القرعة، وقضية ما في المبسوط أن الحاكم لمكان الاشتباه مخير في تقديم أيهما شاء، والأحوط القرعة.

---

(١) الخلاف: ج٣ ص٥٢١.

والسادس: قول السرائر، حيث قال: (لا نقبل قول المالك في مقدار ما ادعاه من الأجرة، ولا تقبل قول الراكب فيما ادعاه من العارية، بل يوجب عليه أجرة المثل، لأنا قد تحققنا ركوب الدابة والراكب يدعي العارية فيحتاج إلى بينة، والمالك يدعي عقد إجارة وأجرة معينة يحتاج أيضاً إلى بينة، فإذا عدمنا البينات على ذلك، وقد تحققنا ركوب الدابة فالواجب في ذلك أجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة المتحققة) [1].

وبعد ما ذكرناه من مقتضى القاعدة لا يهم أن كانت الأقوال الستة أقوالاً في المسألة أم لا، على ما نفاها صاحب الجواهر، وحصر الأقوال في ثلاثة فقط.

كما لا يهم رد استدلالات الأقوال الأخر على فرض كونها أقوالاً، حيث إن مقتضى القاعدة لا يدع لها مجالاً، وإن كان في استدلالاتهم ما فيه ممّا يظهر لمن تدبر أو راجع المطولات.

كما أنه لا يمكن أن يقف أمام ما اخترناه صحيح إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل الذي كانت عنده: وديعة، وقال الآخر: كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم إلاّ أن يقيم البينة أنها كانت وديعة»[2].

إذ بالإضافة إلى أن الرواية في غير المقام، ووحدة المناط غير مقطوع بها، أن اللازم تقييد الرواية بما إذا تحالفا، وحينئذ فالمال لازم على ما اخترناه وذكرته الرواية.

ومن الواضح أن الرواية لابد وأن تقيد إما بما ذكرناه، وإما بأن المالك يجب عليه الحلف إذا لم يكن للآخذ البينة، لأنها جعلت البينة للآخذ فعلى المالك

---

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج١٧ ص٤٧٧.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٧ من أحكام الوديعة ح١.

الحلف، وتقييد الرواية بما ذكرناه يجعلها حسب القاعدة بخلاف تقييدها بحلف المالك، فإنه إذا دار الأمر بين أحد التقييدين كان التقييد الموافق للقاعدة أولى.

وكيف كان، فبذلك ظهر أنه لا فرق بين الصورتين المذكورتين في الشرائع والقواعد على ما نقلنا عبارتهما، كما لا فرق في التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضي مدة الإجارة المدعاة أو في أثنائها، كما أنه لا فرق بين بقاء العين وتلفها.

وعليه، فإذا كانت العين موجودة أخذها المالك، أما إذا كانت العين تالفة بغير تفريط فإن كانت أمانة كما لو كانت الإعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة، فلا شيء على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده أمانة، إمّا بالإجارة وهى غير مضمونة، أو بالإعارة وهي غير مضمونة على حسب الفرض.

وأما إن كان مدعي العارية يقول بأنها كانت عارية مضمونة، ففي المسالك إن مدعي الإعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمّته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الإجارة الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه.

لكن في الجواهر: الظاهر أن له المقاصة بما أخذ منه من أجرة المثل، والزائد يجب عليه التوصل إلى إيصاله بأحد الطرق الممكنة.

وما ذكره الجواهر هو مقتضى القاعدة، لأن مدعي العارية يقول: عارية مضمونة فلا أجرة، وإنما لك عليّ بدل العين، والمالك يقول: إجارة فلي الأجرة وليس لي عليك بدل العين، فللمالك أخذ ما يعطيه مدعي العارية من باب الأجرة إذا كان ما يعطيه بقدر القيمة أو أقل، ويتوصل المالك إلى التفاوت فيما كان أقل بالمقاصة من مال آخر، وإن كان ما يعطيه مدعي العارية أكثر رد عليه التفاوت.

ثم إن مما تقدم من أن مقتضى القاعدة التحالف في مثل هذا الاختلاف يظهر

وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، قال: (لو انعكس هذا الاختلاف وادعى المالك الإعارة والمتصرف الإجارة، فالقول قول المالك، سواء كان قبل مضي مدة لمثلها أجرة، أو بعد مضي مدة الإجارة، أو بعد مضي بعض المدة، وفي الصورتين الأخيرتين تكون الأجرة مجهولة المالك).

إذ بعد كون مقتضى القاعدة التحالف لا فرق في أن يدعي هذا الإجارة وذاك الإعارة أو بالعكس.

ثم إنه لا فرق فيما ذكر في ضمان العارية بين أن تكون بالشرط أو بالأصل كعارية الذهب.

وفي الجواهر: (لو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعارة المضمونة، والراكب ادعى الإجارة، والفرض تلف العين، فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت القيمة أخذها باليمين، بناءً على ما عرفته من الأصل المزبور، وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها، لأن الأصل عدم الاشتراط هناك، فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان، بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى أصالة احترام مال المسلم).

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق بين أن يكون المالك يدعي الإجارة أو الصلح بعوض أو الهبة المعوضة على المنفعة أو ما أشبه ذلك، أما إذا ادعى المالك الغصب والمتصرف العارية كان من باب المدعي والمنكر، لأن الغصب ليس عقداً، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الغصب.

(**مسألة ٢٠**): قال في الشرائع: (إذا استعار لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ضمن، فإن كان له أجرة لزمته أجرة مثله).

وفي المسالك: (من غير فرق بين كون المنفعة التي استوفاها أشق من المأذون فيها ومساوية وأدنى، إذا كان مخالفة لها في الجنس، ولو اتفقا في الجنس كأنواع الزرع ففيه ما مر من الإشكال).

أقول: قد تقدم أن مقتضى القاعدة عدم التعدي عن عقد الاستعارة، فكل تعد يكون تصرفاً في ملك الغير بغير إذنه، ويكون ذلك موجباً للأجرة إذا كانت له أجرة، من غير فرق بين أن ينتفع نفس المستعير أو غيره، ولا فرق في ذلك بين العارية والإجارة والصلح وغيرها.

فقول الجواهر: (كأن وجه الفرق بين العارية والإجارة مثلاً أن مقتضى الثاني ملك المنفعة وهو إنما يتشخص بما يقتضي تنويعه كالركوب والتحميل ونحوهما إلاّ مع الشرط فيجب حينئذ من حيث الاشتراط، ومن حيث ملك خصوص تلك المنفعة، فلو استأجر داراً مثلاً لربط دابة مخصوصة فماتت تلك الدابة لم تبطل الإجارة، بل له ربط غيرها فيه مما هي أقل ضرراً أو مساوياً، وكذا ركوب الدابة وسكنى الدار ونحو ذلك، ضرورة اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصية فيه إلاّ مع الشرط، فإنه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشرة في الأجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها، أما العارية فهي ليست إلاّ إباحة لا فرق فيها بالنسبة إلى ذلك، فمع فرض الاقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدي ولو إلى الأقل من الجنس، فضلاً عن غيره)، غير ظاهر الوجه.

ثم إنه قد تقدم أن تفاوت المأذون وغير المأذون قد يوجب عدم الإذن في الجميع، وقد يوجب عدم الإذن في غير المأذون خاصة

فإذا استعار الدابة لحمل وزنة من الحنطة فحملها وزنة من الحنطة والشعير، وكان بحيث لم يأذن المالك في كل ذلك الحمل، كان عليه أجرة كل الوزنة، أما إذا كان أذن في حمل نصف الوزنة من الحنطة كان عليه أجرة نصف الوزنة من الشعير فقط.

ومن ذلك يعلم أنه لو استعار الحديقة فأعطاها ماءً أزيد أو أقل من المتعارف يكون ضامناً بقدر التفاوت، أو بقدر الكل، لأن المسألتين من باب واحد، وكذا إذا استعار الدابة فأعطاها علفاً أكثر أو أقل، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد حيث قال: (لو أعاره دابة لحمل معين لم يجز له الزيادة، ويجوز له النقصان).

وفي مفتاح الكرامة: (الحكم الأول مما لا خلاف فيه، لأصالة عصمة مال الغير، وعدم جواز التصرف به إلاّ بما أذن فيه، وأما الثاني فللأولية العرفية)، وفيه: إنه لا أولوية مطلقاً، ولذا كان المحكي عن المسالك والروضة وجامع المقاصد وغيرها منع الأولوية لاختلاف الأغراض في ذلك، وهو كما ذكروه لا كما ذكره.

(**مسألة ٢١**): قال في الشرائع: (إذا جحد العارية بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الإعارة).

وكذلك قال في القواعد: (وهو المحكي عن المبسوط والتحرير والإرشاد وغيرها، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه).

لكن لا يخفى أن الكلام على إطلاقه غير تام، إذ ربما يكون معذوراً في الجحود أو ناسياً أو ما أشبه ذلك، وحيث قد ذكر تفصيل الكلام في ذلك في مبحث الوديعة، والبابان من باب واحد، لا داعي إلى تكراره هنا.

ثم قال الشرائع: (إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه، وأما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه).

لكن مقتضى القاعدة أن القول قوله مع يمينه مطلقاً في الأمرين، إذ مقتضى كونه أميناً قبول قوله، سواء في التلف أو في النقص أو في العيب أو في الرد أو في غير ذلك، وهوحاكم على قاعدة «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وقول الجواهر: (الائتمان لا يقتضي تصديقه في الرد وقبوله في الوديعة للنص لا لذلك، ولا لأنه قبض لمصلحة المالك بخلافه هنا، وإلا لاقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك، فالعمدة حينئذ ما ذكرناه).

غير ظاهر الوجه، نعم إن تم الإجماع غير المحتمل الاستناد لزم القول بذلك في عدم قبوله في الرد.

قال في القواعد: (ويصدق المستعير في ادعاء التلف لا في الرد)، ونقل في مفتاح الكرامة تصديقه في ادعاء التلف عن التذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية، وقال: (وقد يلوح ذلك مِن مَن اقتصر على ذكر عدم قبول قوله في الرد)، وفي الرياض: أنه لا خلاف فيه، سواء ادعاه

بأمر ظاهر أو خفي لأنه أمين ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في ما عن مجمع البرهان، حيث أشكل على ذلك، وقال: (إن ما استندوا إليه ليس بحجة قاطعة، والقياس على الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضرورة، لأن لا يلزم سد باب الوديعة، فإن كان إجماع أو نص وإلا فالقواعد تقتضي أن القول قول المالك كما في الرد، لأنه مدع والمالك منكر، والفرق بين الرد والتلف مشكل، نعم يمكن قبول قوله في موضع لا يمكن الإشهاد).

إذ فيه ما لا يخفى، فإن مقتضى كون الأمين مؤتمناً أنه يقبل قوله في كلا المجالين.

ثم إن مفتاح الكرامة قال عند قول العلامة: (لا في الرد): (كما في الكتب التسعة المتقدمة مع زيادة النافع وإيضاحه والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان، وفي الرياض أنه لا يعلم فيه خلافاً للأصل، وأنه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعي، فإنه إنما قبض لمصلحة المالك خاصة).

وقد عرفت وجه النظر في ذلك، فالقول بتساوي الرد والتلف هو مقتضى القاعدة.

ثم على قولهم بالاختلاف بين المقامين، لو رده لكن لو قال المستعير: رددته، ألزم البينة ولا بينة له، ويحلف المعير مما يوجب خسارته، فهل يجوز له أن يدعي التلف حتى يتخلص من ذلك، الظاهر كون ذلك من باب جواز الكذب للمصلحة، فإن قلنا به بما يشمل المقام مطلقاً أو في الجملة قلنا به هنا جاز، وإلا فلا.

ثم لو جاء المستعير بشيء وادعى أنه هو المستعار، وشك المعير في أنه له، أو أن المستعير بدّله إلى غيره، كان القول قول المستعير أيضاً، لأنه مؤتمن، منتهى الأمر أن للمعير حق الحلف عليه، وقد تقدم الكلام في حلفه.

(**مسألة ٢٢**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو فرط في العارية أو تعدى وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل، وإلا كان عليه مثلها، وقيل: أعلى القيم السوقية من حين التفريط إلى وقت التلف، أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال أخر أيضاً، ولكن لا ريب في أن الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين، ورده قائم مقام ردها، نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح).

لكنك قد عرفت في كتاب الغصب وغيره: أن مقتضى القاعدة أعلى القيم إلى وقت التسليم، لأن القيمي بالتلف ينتقل إلى الذمة، لا أن قيمته تنتقل إلى الذمة فهو يطلب منه دابة، وحيث لا يتمكن وقت التسليم من تسليم الدابة لفرض كونها قيمية وجب عليه إعطاء القيمة له، فإنه ظاهر «ما أخذت».

وأما كونه أعلى القيم، فلأنه واضع يده على أعلى القيم، وإن كان في حال التسليم نزلت قيمة الدابة، فيشمله دليل «على اليد»، اللهم إلاّ أن يقال: إنه مثل المثلي الذي ليس عليه إلاّ تسليم مثله، وإن كانت ارتفعت القيمة في الأثناء ثم تنزلت فلا يجب عليه إلاّ القيمة يوم التسليم، سواء كانت مرتفعة أو منخفضة، وسواء ارتفع في الأثناء أم لا.

ثم إنه قال في الشرائع: (ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير، وقيل: القول قول المالك، والأول أشبه)، وما ذكره المحقق هو مقتضى القاعدة، لأصالة البراءة الموافقة لنفي الزائد الذي يدعيه المالك.

أما القول الآخر الذي يقول بأن القول قول المالك فقد استدل له بأن أشق الأحوال موجب للبراءة اليقينية، وبأن المالك أعرف بملكه، لكن كلا الدليلين لا يقاوم دليل القول الأول.

ولذا قال في الجواهر: (لا دليل على أخذه بأشق الأحوال على وجه يشمل المقام، والشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت).

ثم إن من الواضح أن كون القول قول هذا أو قول ذاك، فيما إذا لم تكن البينة وأهل الخبرة مما يدخله في قسم الاستبانة الذي قال عنه الإمام (عليه الصلاة والسلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينة»، وإلا لم تصل النوبة إلى قول ذاك.

وكيف كان، فقول المحقق هو الذي نقله مفتاح الكرامة عن السرائر والنافع وكشف الرموز والإرشاد والمقتصر والتنقيح وإيضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك، وقد أضاف هؤلاء أنه كذلك مع التضمين أيضاً، خلافاً للتحرير والتبصرة، حيث قيدا بالتفريط فقط بدون ذكر التضمين.

وفي مفتاح الكرامة: ليس ذلك خلافاً، بل لعله للتنبيه على الأخفى أو الأغلب، قال: (وقال الشيخ في النهاية: وإذا اختلف المستعير والمعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه، فإن اختلفا في التفريط والتضييع كان على المعير البينة، فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة وهو الذي يفهم من المقنعة والمراسم، وبه صرح في الوسيلة، قال: وإن اختلفا في القيمة كان القول قول المعير، وهو المحكي عن القاضي. وقال في الغنية: وإذا اختلفا في مبلغ العارية أو قيمتها أخذما أقر به المستعير وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك بدليل الإجماع، وحكي مثل ذلك في المختلف عن التقي)، إلى آخر ماذكره السيد العاملي (رحمه الله).

وعلى أي حال، فهل تقديم قول المستعير على ما ذهب إليه المشهور واخترناه

لأنه أمين أو لأصل البراءة اختلفوا في ذلك، لكن الظاهر الأول، لأنه مقتضى الأمانة، فكما يسمع قوله في أصل التلف يسمع قوله في الخصوصيات أيضاً، لأن جميع ذلك مشمول لكونه مؤتمناً، وأن القول قوله فلا تصل النوبة إلى أصل البراءة وإن كان موافقاً له، فإن الأصل أصيل حيث لا دليل.

(مسألة ٢٣): قال في القواعد: (لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فالأقرب الجواز).

وقد نقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد، واستدل لذلك في محكي التذكرة والإيضاح بأنه شرط وليس بعوض، لأن المقتضي للعوضين عقد واحد، وهنا ليس كذلك.

وعن جامع المقاصد تعليله بوجود المقتضي وانتفاء المانع، لأن المذكور شرط لا عوض، ولا ريب أن العارية عقد يقبل الشرط الذي لا ينافي مقتضاه، وليس الشرط عوضاً إنما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا.

وأشكل عليهم مفتاح الكرامة بأن هذا شرط ينافي مقتضى العقد، وقد قالوا في باب شروط البيع أن الشرط داخل في أحد العوضين، وقالوا في مواضع أنه جزء من الثمن ورتبوا على ذلك ما رتبوا.

وتبعه الجواهر فقال: (ليس في الأدلة ما يقتضي اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط، بل المفهوم منها أنها نوع من البر والمعاونة والإحسان ونحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط، نحو: أعرتك كتابي لتهبني عشرة دراهم مثلاً، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما، وبين استحقاقه في عقدها، ضرورة منافاته للتبرع المزبور كما هو واضح).

لكن مقتضى القاعدة الصحة، وأنه إذا كانت المقابلة بمنزلة القيد فلم يفعل المستعير بطلت العارية تلقائياً، سواء كان القيد مقارناً أو متأخراً، وإذا بطلت كان للمعير الأجرة على المستعير، إذ لم يعطه المال مجاناً والمستعير لم يدخل على المجانية.

أما إذا كانت المقابلة من باب الشرط حق للمعير الفسخ بالشرط فيأخذ الأجرة، وعدم الفسخ فلا أجرة له، ولا يخفى أن المجانية مقتضى إطلاق العارية لا مقتضى

العقد حتى يكون الشرط منافياً لمقتضاه، والفرق بين الفسخ بالشرط أو بأصل جواز العارية أن الأول يصح حتى بعد انقضاء العارية لأنه من الأمور الاعتبارية والعرف يعتبر ذلك، بخلاف الثاني، فإذا فسخ في الأول ترتب أثر الفسخ من الأجرة على ما عرفت.

ولأجل ما ذكرناه من كون القاعدة الصحة رجع مفتاح الكرامة عن إشكاله وقال: (لكن قد يقال: إن هذا ليس من ذاك، ونظرهم في المقام إلى ما قالوه في باب القرض بشرط البيع محاباةً من أنه لو قال له: أقرضتك هذه المائة درهم بشرط أن تزيدني خمسين درهماً، كان حراماً وربا، لأن الزيادة جاء بها العقد بنفسه، وأنه لو قال له: وأقرضتك هذه المائة بشرط أن تبيعني دارك التي تساوي مائة بخمسين، فلا ربا، لأن هذه الزيادة جاءت بواسطة عقد آخر، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنه إذا قيل له: أعرتك بدرهم، فالعوض جاء به العقد الواحد، وإذا قال له: أعرتك بشرط أن تعيرني، فقد جاء العوض بواسطة عقد آخر).

لكن ربما يشكل في عدم مجيء الربا في الصيغة الثانية، لأن أدلة الربا شاملة لمثله أيضاً، لأنه من فساد المال، ولا ينافي عدم الصحة في باب القرض الصحة في المقام، لشمول أدلة العارية له.

ثم إنه لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير، على ما ذكره التذكرة والقواعد وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر.

ثم إنك قد عرفت الفرق بين القيد والشرط، ومع الشرط بين الفسخ وعدم الفسخ، فإطلاق غير واحد من الفقهاء أنه لو لم يعر الثاني فالأقرب أن له الأجرة محل نظر، وإن علله بعضهم بأن الإذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً مع سلامة النفع، فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض، وآخر بأن كل شرط صح في

عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجرة.

كما يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد، بأن عقد العارية في غاية الضعف، ولذا يعول فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا، وثمرته في غاية الضعف وهي الإباحة فتنتفي ثمرته بأدنى سبب، وهو انتفاء الشرط لا أن انتفاءه يسلط على الفسخ كما في العقد اللازم القوي الذي ثمرته التمليك مثلاً واللزوم، فإن انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرد الإباحة، فليس الشرط فيه إلاّ شرطاً للإباحة، فاذا انتفى انتفت.

إذ فيه: إنه لا فرق بين العقد اللازم والعقد الجائز بأن أثرهما باق ما لم يحصل فاسخ.

وكأنه إلى ما ذكرناه نظر الجواهر في رده لهذا الكلام بقوله: (إن هذا الكلام مرجعه إلى تعليق الإذن في المنفعة الخاصة على الشرط المزبور، فحيث يحصل تحصل، وإن انتفى انتفت، فهو تعليق محض لا يجامع صحة العقد، وخصوصاً إذا كان المعلق عليه العارية في الزمان المتأخر مثلا، فإن استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء المعلق عليه بالإذن التي هي مقتضى صحة العقد فلا تتعقبه أجرة وإلا لم يصح الانتفاع، ودعوى البقاء مراعى كما ترى).

وإن كان في كلامه الأخير نظر، لأن مقتضى القاعدة البقاء مراعى لما عرفت من أنه من الأمور الاعتبارية، والأمور الاعتبارية خفيفة المؤنة، والنظر العرفي إلى أنه يصح الفسخ ولو بعد انتفاء الوقت.

ومنه يعلم أن كلام الجواهر رداً على من قال: (بأنه إذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجرة) بقوله: (وفيه: إن ذلك إن تم فإنما يؤثر فيما سيأتي، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا)، غير ظاهر الوجه، كقوله بعد ذلك

فالمتجه حينئذ على الصحة عدم استحقاق الأجرة، وإن لم يعر الثاني لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد لازم، إذ فيه إن استحقاقه عليه بالعقد وإن لم يكن بلازم، مما اقتضى أن يكون مقابلاً لإعارته استحقاق الأجرة على ما عرفت.

ثم قال في القواعد: (لو قال: أعرتك الدابة بعلفها فهي إجارة فاسدة تقتضي أجرة المثل، وكذا أعرتك الدابة بعشرة دراهم).

وفي جامع المقاصد: (التحقيق أن يقال: إن أراد المصنف بقوله فهي إجارة فاسدة، أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أجرة المثل، إذ المالك لم يبذل المنفعة مجاناً، وامتناع معنى العارية لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه، فهو حق، وإن أراد لفظ العارية مراد به الإجارة البتة، ولا يقع على هذا العقد اسم العارية الفاسدة، فليس كذلك، ومن أين يعلم والأصل في الاستعمال الحقيقة، نعم شبهه بالإجارة الفاسدة أكثر، فلعل المصنف أراد هذا المعنى فيندفع الإشكال عن كلامه).

وما ذكره المحقق الثاني هو مقتضى القاعدة، ولا يستشكل على ذلك بأن العارية لو كانت صحيحة لم يلزم عليه شيء، فكيف يلزم عليه شيء بالعارية الفاسدة، لأنه لو كانت صحيحة لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد، فيكون ما نحن فيه منطبقاً على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وهذا هو الذي اختاره الجواهر، وإن قال في الأخير: وإن كان ذلك كما ترى، و لم يعرف وجه الإشكال فيه.

ثم لا يخفى أن الفرق بين المثالين في كلام القواعد، هو أن المثال الأول ما إذا كان العوض والمدة مجهولين، والمثال الثاني ما إذا كانت المدة فقط مجهولة.

نعم قال في مفتاح الكرامة: (لم يستجود في التذكرة كونها إجارة فاسدة)، وفي كلامه بعد ذلك ما يقضي بأنها عارية صحيحة، فقال: (له الانتفاع فيها بالإذن

ولا تضر الجهالة في العوض ولا في المدة، لكونها من العقود الجائزة).

قلت: الجهالة لا تضر بعد كونها عارية عرفية، ودليل الغرر غير شامل لمثله حتى يكون منهياً من قبل الشرع، فتشمله إطلاق أدلة العارية، أما وجه كونها عارية صحيحة ففي المثال الأول لكون العلف غالباً على المستعير، فإن من يستعير دابة من زيد ليركبها إلى بلد بعيد أو نحوه، فإنه من الواضح أنه هو الذي يعلفها، فذكره في العارية لا يوجب البطلان.

وأما بالنسبة إلى المثال الثاني: فلما ذكرناه سابقاً من أن المجانية مقتضى إطلاق العارية لا مقتضى نفس عقدها حتى يكون الشرط خلاف مقتضى العقد، وإن كان محل تأمل، أو أن ذلك يكون إجارة لما قد ذهب في الشرائع إلى جواز الإجارة بلفظ العارية.

وعلى أي حال، فإن قصد الإجارة فلا إشكال، لأن العقود تتبع القصود، والألفاظ المجازية ونحوها جائزة على ما ذكرناه في بحث العقود، وإن قصد العارية وقلنا إن المجانية مقتضى العقد، بطلت عارية وثبتت أجرة المثل على ما تقدم وجهه، وإن قلنا إن المجانية مقتضى الإطلاق صحت عارية ولزمت العشرة أو العلف.

ثم إن المحكي عن التحرير: أنه لو قال: اغسل ثوبي، فهو استعارة لبدنه إن كان مما لا يؤخذ عليه أجرة، وفيه: إن إطلاقه كونه عارية محل تأمل، إذ العارية تحتاج إلى القصد، ومثل هذا الشيء قد يقصد به العارية وقد لا يقصد، بل عدم القصد في أمثال ذلك هو المتعارف، فلا يقال: لمن قال لغيره: اكنس داري أو أحلق رأسي أو ما أشبه أنه استعاره، وإن كان يصح إعارة المعير بدنه، لأن

الناس مسلطون على أنفسهم، و لم يمنع عن مثل ذلك الشرع، فيشمله إطلاق دليل العارية.

قال في محكي المسالك: لما كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومة بالمال وجب ثبوت عوضها على الأمر كالاستيجار معاطاةً، وقد شرط المحقق في لزوم الأجرة أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يستأجر لذلك العمل، أو كون العمل له أجرة في العادة، والعلامة اعتبر في لزومها كون العمل ذا أجرة عادة خاصة، ويتخرج على ذلك صور أربع:

الأول: أن يكون العمل مما يكون له أجرة عادة والعامل مما يستأجر لذلك، كما لو دفع إلى قصار ثوباً ليقصره، أو جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق، فله الأجرة على القولين.

الثاني: انتفاؤهما معاً ولا أجرة عليهما، ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوماً بأجرة وعدمه إذا لم يكن له في العادة أجرة ولا أعد العامل نفسه لها.

الثالث: أن يكون العمل مما له أجرة في العادة، ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له، فيثبت على القولين أيضاً لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة وأحد الأمرين عند المحقق.

الرابع: عكسه فتثبت الأجرة عند المحقق دون العلامة، ومختار المحقق أوضح لما تقدم من أنه استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلاّ بإباحة مالكه و لم يتحقق.

وقال في محكي الكفاية: ولا ريب في لزوم الأجرة عند اجتماع الأمرين، وعدمه عند عدمهما، وقال في الثالث من الأقسام الأربعة: إن مقتضى القولين لزوم الأجرة وللتأمل فيه مجال، وفي الرابع تثبت فيه الأجرة عند غير العلامة.

أقول: الأصل احترام العمل مطلقاً، سواء كان من المسلم أو من غيره، وسواء كان ممن أعد نفسه لذلك أم لا، إلاّ إذا قصد العامل التبرع، أما قصد المستعمل التبرع فلا ينفع إذا لم يرض العامل، لأن عمل الإنسان لنفسه، وهو سعيه والسعي للإنسان، فلا يباح لغيره استحلاله من دون رضاه، سواء كان عمل الأُذن، كما إذا قال له: استمع هل أقرؤ الغلط أم الصحيح.

أو العين، كما إذا قال: انظر لا يسرق متاعي أو لا يتردى طفلي في البئر أو لا يطير طائري أو لا يهرب مديوني أو ما أشبه.

أو الأنف، كما إذا قال: شم هل الدهن أو العسل أو الدواء أو ما أشبه صحيح أو فاسد، أو صحيح أو أصح، أو فاسد أو أفسد.

أو اللسان، كما إذا قال: تكلم بالعقد أو ما أشبه.

أو الفم، كما إذا قال: امضغ الطعام للطير أو الطفل.

أو اليد والرجل، كما إذا قال: خذ هذا، أو اذهب إلى مكان كذا.

أو اللمس، كما إذا قال: المس الحرير هل هو ناعم أو خشن، أو الماء هل هو بارد أو حار، أو ما أشبه ذلك.

أو الفرج، كما إذا قال: إذا أدخلت (في باب المحلل) كان لك كذا.

أو الكون، كما إذا قال: ابق هنا حتى يخاف السارق أو الطير من سرقة المتاع أو التقاط الحب.

بل أو الفكر، كما إذا كان فكره يوجب أمواجاً ينتفع بها كما يتعارف الآن في بعض المدارس الحديثة، بل وكذا إذا قال له: تفكر في حل هذه المسألة، فإذا وصل فكرك إلى شيء أعطيك كذا، فإنه أيضاً يعدّ من عمل الإنسان المحترم.

قال المحقق القمي: تحقيق المقام أن عمل شخص لآخر من دون مطالبة العمل والأمر به لا يقتضي عوضاً، لأصالة براءة ذمة الطالب، وذلك كالهبة المطلقة فإنها لا تقتضي الثواب مطلقاً على الأصح، وكذلك إن طلب منه طالب و لم يشترط

المطلوب منه العوض، كمن التمس من غيره أن يهب له شيئاً ووهبه، إلاّ إذا فهم من المقام رضى الطالب بذلك وحصل التراضي، فالعمدة بيان موضع التراضي.

فمن مواضعه التصريح بذلك ولا إشكال فيه، ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عادته أخذ الأجرة على ذلك العمل، سواء كان نفس العمل مما يؤخذ عليه الأجرة كالغسال والقصار والحلاق، أو لم يكن كذلك، ولكن أعدّ نفسه لذلك مثل أن يحتاج رجل أعمى في معرفة زوال النجاسة من بدنه حين غسلها، أو المبصر في المواضع الذي لا يراه من بدنه، فيقول للآخر: انظر إلى هذا الموضع، هل زال النجاسة أم لا، فإن مجرد هذا النظر لا يعدّ في العرف مما يكون له أجرة، بخلاف ما لو أعد شخص نفسه لذلك وجلس عند ميضات الناس ليأخذ الأجرة على ذلك لو اتفق إليه حاجة، فيظهر الثمرة ويصح القول بأن له أجر مع أنه ليس مما يؤخذ عليه الأجر عادة.

نعم يصح أن يجعل ذلك من قبيل ما له أجر عادة فيما لو آجره غسال أعمى ليراقبه في ذلك، وذلك لأن العمل حينئذ مجموع النظرات التي حصله الغسال في طرز يوجه لذلك، فهو خارج عما نحن فيه، ومقصودنا بيان أن كل نظر منه بكل شخص يحتاج إليه هل هو مما يؤخذ عليه الأجرة أم لا، فنحن نقول بكفاية إعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين أيضاً، ويكفي في لزوم الأجرة، بخلاف مختار العلامة، والظاهر أن من أعدّ نفسه لأخذ الأجرة على كل عمل يرد عليه أيضاً من قبيل إعداده نفسه لعمل خاص.

ثم إن ذلك يشمل ما لو طلب لفظاً وقال: اغسل ثوبي أو قصّر كرباسي أو انظر إلى موضع النجاسة، أو بغير اللفظ، مثل أن يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع كشف رأسه له، وهذا يكون من باب المعاطاة فإنه لا يجوز في

المعاطاة أيضاً تصرف أحدهما في مال الآخر بلا عوض، إلى آخر ما ذكره.

ومما تقدم يظهر بعض مواضع التأمل في كلامه، كبعض مواضع التأمل في كلام المحقق والعلامة والسبزواري.

ثم إنه قد علم مما تقدم أن الأمر قد يكون على نحو الإجارة والأجرة، وقد يكون على نحو التبرع، وقد يكون على نحو العارية.

(مسألة ٢٤): فيها فروع ذكرها القواعد:

(الأول): قال: (وتصح من المستأجر)، أي تصح أن يعير المستأجر ماله من منفعة العين، سواء كانت العين داراً أو دكاناً أو بستاناً أو حيواناً أو إنساناً.

وعن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد ما ذكره القواعد، لكن عن الأخيرين: إلاّ أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم.

أمّا ما ذكره جامع المقاصد من أنه إذا أعار حيث يجوز له يجب عليه أن لا يخرج العين من يده، ففيه تأمل، ولذا تأمل فيه مفتاح الكرامة إذا لم يشترط، وعن التذكرة أن الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لهما أن يعيراهما.

ومنه يعلم الحال بالنسبة إلى سائر من له الانتفاع غير المخصص بنفسه، كما إذا كان له الانتفاع بالموقوف أو بالمنذور أو بالمصالح عليه أو بالموهوب أو ما أشبه ذلك، فإن الجميع من واد واحد فتشملها أدلة العارية في غير صورة التخصيص.

(الثاني): قال في القواعد: (يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للتبرع عليه)، ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير، لأن من الأعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز إعارتها لهم، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً أو أمةً مسلمةً كما في بيع جامع المقاصد والمسالك، وفي بيع التذكرة ونهاية الأحكام تجوز إعارته وإيداعه، إذ ليس ذلك ملك رقبة ولا منفعة ولا حق لازم، ونحو ذلك ما في بيع الإيضاح، وفي بيع الكتاب أن الأقرب جواز الإيداع له والعارية عنده.

أقول: إذا عد ذلك سبيلاً لم يجز وإلاّ جاز، ولعل الموارد مختلفة، فقد قال

سبحانه: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[1].

لكن ربّما يقال بالجواز مطلقاً، لأن العارية ليست أسوأ من الاستيجار، بل إذا جاز الاستيجار جاز الاستعارة بطريق أولى، لأن عقد الإجارة لازم، بخلاف عقد العارية.

وفي حديث: إن الإمام أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) كان يعمل لبعض أهل الكتاب.

والظاهر أنه لا يجوز إعارة المصحف الشريف للكافر، لنهي النبي (صلى الله عليه وآله) أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو[2]، إلاّ أن لا يكون ذلك تسليطاً للكافر على الكتاب، وإنما يعيره الكتاب المقدس ويكون بيد وكيله المسلم.

وربما يحتمل جواز ذلك حتى بالنسبة إلى الكافر إذا لم يكن موضع إهانة، لأن النبي (صلى الله عليه وآله) كان يكتب إلى الكفار الكتب، ويصدرها ببسم الله الرحمن الرحيم، ولا فرق بين جزء القرآن وكل القرآن، كما أن النقود في البلاد الإسلامية كانت تضرب وعليها بعض آيات القرآن الحكيم، ومع ذلك يتناولها الكافر والمسلم، كما هو معروف من غير نكير من أحد من المسلمين.

بل قد ورد في بعض التواريخ: إن السكة ضربت في زمان الأمويين بإشارة من الإمام الباقر (عليه الصلاة والسلام) كما في حياة الحيوان للدميري وغيره.

وعلى أي حال، فلا شك في أن الاحتياط في الترك، وحيث قد ذكرنا المسألة مفصلا في كتاب المكاسب، لا داعي إلى تكرارها هنا.

(١) النساء: الآية ١٤١.

(٢) الدعائم: ج١ ص٣٤٨.

وعن التحرير: أما استعارة أحاديث النبي (صلى الله عليه وآله) وأحاديث أهل بيته المعصومين (عليهم السلام) فإنها مبنية على جواز شرائهم لها.

ثم إن مفتاح الكرامة قال تعليقاً على كلام العلامة في التحرير: (قد استشكل في ذلك أيضاً في بيع التذكرة ونهاية الأحكام، وجوّز ولده في شرح الإرشاد بيع أحاديث النبي (صلى الله عليه وآله) لهم، وعن المحقق الثاني أنه في حكم المصحف).

أقول: ويأتي في المقام الكلام الذي ذكرناه في المصحف، وقد ذكرنا في كتاب المكاسب أيضاً تفصيل ذلك، وممّا يؤيد الجواز أيضاً هو كتابات الرسول (صلى الله عليه وآله) إلى الكفار، مع أن الكتاب كان حديث الرسول (صلى الله عليه وآله) بلا شبهة، اللهم إلاّ أن يقال: إن ذلك كان من باب الاضطرار وتقديم الأهم على المهم، لكن الجواز لا يخلو عن قرب.

(الثالث): قال في القواعد: وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه، كالثوب للّبس، والدابة للركوب، والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمة، فإن منفعتها في استهلاكها.

لكن مقتضى القاعدة أن الأطعمة إذا استعيرت لا للاستهلاك، وإنما للإراءة ونحوها جاز ذلك، لصدق العارية فتشملها الأدلة، ولذا قال في مفتاح الكرامة في تفسير كلام جامع المقاصد بالنسبة إلى الذهب والفضة وما أشبه: (معنى كلامه أنه إذا صرح في الإعارة بالمنفعة الضعيفة بأن يقول: أعرنيها لأتزين بها أو لأرهنها أو لأجذب قلوب الناس إلى معاملتي والركون إلي، حيث يجعل تلك المنفعة مقصداً عظيماً له وإن ضعفت، انتفت المنافاة).

ثم قال مفتاح الكرامة: (وقد نبّه على ذلك كله في التذكرة، لكن يرد عليه أن ذلك يجري في إعارة الأطعمة والأشربة والحنطة والشعير وغير ذلك).

نعم الظاهر أنهم أرادوا بإعارة الأطعمة والأشربة والحنطة والشعير الإعارة لأجل صرفها وإفنائها، لا مثل ما ذكره مفتاح الكرامة، فكلامه وإن كان صحيحاً، لكنه لا ينقض به عليهم.

(الرابع): قال في القواعد في مسألة إعارة الجدار لوضع الخشب: لو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أوبإكراه أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أوبغيرها ما لم يجدد له الإذن.

أقول: قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الصلح، ومنه يعلم أن مقتضى العارية إن كان الأعم من الأصل والجديد لم يكن بالتجديد بأس، وإلا لم يجز التجديد إلاّ بتجديد الإذن كما هو مقتضى القاعدة، ولو شك في إطلاق العارية كان الأصل العدم.

(الخامس): قال في القواعد: يجب رد العين مع الطلب والمكنة، فإن أهمل ضمن.

أقول: ماذكره هو مقتضى القاعدة، وقد أشرنا إليه في ما تقدم، وإنما الكلام هنا في أنه هل يجوز له التأخير إلى الإشهاد أو نحو ذلك مما يوجب عدم تضرره في المستقبل، الظاهر ذلك، لقول النبي (صلى الله عليه وآله): «رحم الله امرئً عمل عملاً فأتقنه»[1]، منضماً إلى أنه دفع ضرر، والحكم الضرري منفي بدليل «لا ضرر»، وحيث قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الوديعة فلا حاجة إلى تكراره.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (ومؤنة الرد هنا على المستعير، كما في التذكرة وغيرها، لأنها نوع من المعروف، فلو كلف المالك مؤنة الرد امتنع الناس من الإعارة).

(١) انظر الوسائل: ج٢ ص٨٨٣ باب ٦٠ من أبواب الدفن ح١ و٢.

ولا يخفى ضعف الدليل المذكور، وإن كان الحكم كما ذكروه، وإنما الدليل هو اقتضاء العارية ذلك إلاّ إذا كان شرط على خلاف ذلك، سواء كان الشرط لفظياً أو مستفاداً من قرائن الحال أو المقال.

(السادس): قال في القواعد: والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعدة لوحدة الملاك في البابين، لكن ذلك إذا لم يشترط عليه استيفاءها بنفسه كما قيده بذلك جامع المقاصد.

ثم قال جامع المقاصد: والظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلاّ بإذن المالك وهو كما ذكره، والمراد بالإذن الأعم من الإذن الصريح أو الإذن بشاهد الحال.

وفي صحيحة علي بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام)، في رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت فقال: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن، وإن لم يسم فليس عليه شيء»[(1)].

وقد حملها في إجارة جامع المقاصد على ما إذا كان هناك إذن، أو على ما إذا لم تخرج من يده، كما إذا أركبه إياها وهي في يده، تمسكاً بعموم تحريم مال المسلم إلاّ عن طيب نفسه إلاّ أن يوجد المخصص، وهو كما ذكره، فإن الظاهر أن الموجر والمستأجر لا يقصدان الخصوصية، أما إذا قصدا الخصوصية لم يجز ذلك، ومثل الدابة غيرها من الدار والدكان والبستان والحمام والكتاب واللباس وغير ذلك، لوحدة الملاك في الجميع.

(السابع): قال في القواعد: ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وله أجرة المثل، وفي مفتاح الكرامة: كما في التذكرة والتحرير والمختلف

(1) الوسائل: ج١٢ ص٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الإجارة ح٣.

وجامع المقاصد ومزارعة المبسوط والشرائع والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والسرائر فيما حكي عنها.

أقول: هو مقتضى القاعدة، لأن المتصرف يدعي العارية والأصل عدمها، وليس المقام من قبيل ادعاء المالك الإجارة والمتصرف العارية حيث قد تقدم التحالف، لأن المالك لا يدعي شيئاً وإنما قوله موافق للأصل، بل المتصرف يدعي فعليه البينة، لكن عن الشيخ في الخلاف أن القول قول المتصرف، لأن المالك يدعي عليه عوضاً والأصل براءة ذمته منه، وربما أيد ذلك أيضاً بأن الأصل في فعل المسلم الصحة، وأنه لا يفعل شيئاً مخالفاً للشريعة، ولكن لا يخفى عليك ما في الدليلين.

إذ يرد على الأول: إن المهم في الدعوى المصب لا المآل، كما ذكرناه في كتاب القضاء وغيره.

ويرد على الثاني: إن الأصل في فعل المتصرف الصحة معارض بكون الأصل في قول المالك الصحة أيضاً، لأنه لا فرق في مثل هذا الأصل بين القول والفعل، وإذا تساقطا كان المرجع عموم «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، بالإضافة إلى أن جريان أصل الصحة في فعل المتصرف غير ظاهر.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في التذكرة دليلاً لكون القول قول المتصرف بأن الظاهر من اليد أنها بحق.

قال في مفتاح الكرامة: وأغرب فيها في باب المزارعة فقال: إن القول قول المتصرف وعليه الأجرة والأرش وطم الحفر وله إزالة الزرع، وفي جامع المقاصد: إنه سهو قطعاً.

ومما تقدم ظهر أن قول القواعد: ولو ادعى المالك الغصب إلخ، لا يريد

أنه مدع، بل أراد أنه (قال) بقرينة قوله: صدّق مع اليمين.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا بعّض المالك فقال: إنه كان إلى شهر عارية وبعد شهر الغصب، إذ لا فرق بين أن يدعي أن بعد الشهر كان الغصب، أو أن يدعي أنه من الأول كان غصباً، إلى غير ذلك من صور التبعيض.

(الثامن): قال في القواعد: ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف، وادعى المالك الإعارة، فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت القيمة أخذها باليمين.

وعن التحرير وجامع المقاصد موافقته، وقد عرفت أن أمثال المقام من باب التحالف، لادعاء كل واحد منهما شيئاً خلاف ادعاء الآخر، وليست الدعوى من قبيل المدعي والمنكر.

وفي مفتاح الكرامة قال: (والوجه في الأول أعني اتفاق الأجرة والقيمة ظاهر، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ولا محصل للاختلاف، وفي الثاني أن المالك إذا حلف على نفي الإجارة انتفت فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت، وإنما ذكر تسويغ استيجاره لأنه لم يصدق بيانه، وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى).

ثم قال القواعد ممزوجاً مع مفتاح الكرامة: (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين، أي إذا أدى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الإجارة ولا عوض للمنفعة المستوفاة بإقراره بالعارية، وإن وجب على مدعي الاستيجار أجرة مدة كون العين في يده بزعمه).

وهو كما ذكراه، لكن على المتصرف إذا علم أنه المحق بينه وبين الله إيصال الأجرة إلى المالك، لأن دعواه العارية لا يسقط حقه، وليس ذلك من الإعراض،

نعم لو كان المتصرف شاكاً لم يجب عليه شيء بعد كون الإقرار حجة على المقر.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتصرف شاكاً، ولكن وارثه كان عالماً بأنه استيجار، فإنه يجب على الوارث إيصال الأجرة إليه.

(التاسع): قال في القواعد: (ولد العارية المضمونة غير مضمون).

وفي مفتاح الكرامة: (هذا خاص بما إذا كانت مضمونة بالاشتراط فيما يؤثر فيه الشرط، لا كولد الصيد المحرم وشبهه، ووجه عدم ضمانه أن الإذن في إثبات اليد عليه مستفادة من فحوى عارية الأم وليس داخلاً في العارية، ولا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً، ويجيء على قول الشيخ أن الحمل جزء من الأم ضمانه) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أن العارية لو كانت شاملة لهما فلا ضمان فيهما، وكذا إن كان الأم من باب العارية والولد من باب الوديعة، أما في غير هاتين الصورتين فمقتضى «على اليد» الضمان، لأن الإذن في إثبات اليد لا يخصص دليل اليد.

ومنه يعلم حال ما إذا كان حيوانان توأمين سواء متصلاً أو منفصلاً، فإن أعار أحدهما يأتي في صنوه الكلام في الولد، وكذلك في كل أمرين متلازمين.

(العاشر): قال في القواعد: لو رده إلى من جرت العادة بالقبض كالدابة إلى سائسها لم يبرأ.

أقول: مراده أنه لو رد العارية إلى من جرت العادة بقبضه لها كما في مفتاح الكرامة، ووجه ذلك ظاهر، لأن اللازم أن يكون الرد إلى المالك إلاّ إذا كان تصريح أو قرينة حالية أو مقالية من المالك بالرد إلى الأعم.

ومنه يعلم أن قول أبي حنيفة: إذا ردها إلى ملك المالك صارت كأنها

مقبوضة لأن رد العواري في العادة تكون إلى أملاك صاحبها، إن أراد ما ذكرناه صح وإلا لم يكن تاماً، وكأنه فهم منه التذكرة الإطلاق ولهذا غلطه ونقض عليه برد السارق المسروقة إلى الحرز.

ومنه يعلم عدم الفرق في أن يكون أخذ الدابة منه أو من وكيله وسائسها.

ومثل الدابة غيرها في هذا الحكم من الكتب والألبسة والأثاث وغيرها، وحتى غير المنقول أيضاً، كما إذا تسلم المستعير الدار من وكيل المعير، وأوضح من ذلك إذا تسلمها من الغاصب، فإنه لا يحق له أن يرجعها إليه، وكذلك إذا تسلمها من وكيل المعير ثم عزل، أو وليه ثم سقط عن الولاية، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(مسألة ٢٥): فيها فروع:

(الأول): لو أعار ممراً لإنسان حق له فسخ العارية، وإذا مات و لم يفسخ حق لوارثه الفسخ، سواء كان ممر ذلك الإنسان منحصراً بذلك الممر أو غير منحصر، لأن مقتضى العارية جواز الفسخ على ما عرفت، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي.

نعم لو جعل العارية لازمة شرطاً في ضمن عقد لازم ونحو ذلك، لم يكن له الفسخ بدليل «المؤمنون عند شروطهم»، ولو لم يعلم وارث المالك هل حقه في المرور من باب العارية، أو من باب الإباحة، أو من باب شرط، أو إجارة أو ما أشبه، فالظاهر أن له حق الفسخ، لأن لزومه منفي بأصل العدم.

نعم لو اختلفا كان كما تقدم في مسألة الاختلاف في الإجارة والعارية، حيث يكون من موضع التحالف، وبعد التحالف يكون الحق لصاحب الممر.

ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون الممر إلى الدار أو الدكان أو الحمام أو البستان أو الماء أو غير ذلك.

ولو كان المستعير باع داره أو دكانه أو ما أشبه فيما إذا كان الممر عارية وكان المشترى جاهلاً بذلك حق له الفسخ لأنه عيب، وإن لم يسترجعه المعير، أمّا إذا لم يكن للمعير الحق في الاسترجاع فإن دخل المشتري على أن الممر ملك للبائع حق له الفسخ أيضاً لأنه ليس بملك، وأمّا إذا دخل على أن يكون له المرور فحسب فلا حق له في الفسخ.

(الثاني) لو أعطى إنسان أرضاً لغيره ليبني فيها أو يزرع أو ما أشبه فبنى وزرع ونحو ذلك، ثم إن المعطي للأرض يريد إخراج المتصرف، فإن كان الإعطاء بعنوان الصلح أو البيع أو ما أشبه من العقود اللازمة لم يحق له ذلك.

وأمّا إذا كان بعنوان العارية حق له ذلك، على ما تقدّم تفصيله في بعض

المسائل السابقة، وحكم وارث مالك الأرض حكم المالك، كما أن حكم وارث المتصرف حكم المتصرف، كما ألمع إلى ذلك المحقق القمي.

(الثالث): لو لم يعلم المستعير إطلاق العارية في أن يتصرف فيها كيف شاء أو يتصرف فيها في شيء خاص، كما إذا استعار الدابة ثم شك في أنه كانت العارية لأجل الركوب أو الأعم منه ومن الحمل، فالظاهر أنه لا حق له في التعدي عن القدر المتيقن، لأنه تصرف في ملك الغير لم يعلم إجازته له، فالأصل العدم، وكذا لو علم بأن العارية شملت شهراً من الزمان أو قدراً خاصاً من المسافة وشك في الزائد فالأصل عدم التصرف فيها في التفاوت الزماني أو المكاني.

ومنه يعلم أنه لو كان بين الشيئين المتردد بينهما عموم من وجه حق له التصرف في الجامع لا في مادتي السلب، أمّا إذا كان الشك بين المتباينين، فالظاهر أنه لا يحق له أن يتصرف في أي منهما إلاّ أن يقال إنه من باب قاعدة العدل يحق له التصرف في نصفيهما لكنه مشكل.

(الرابع): هل يجوز استعمال العارية إلى حد التلف، أو لا يجوز إلاّ إلى حدّ يبقى للعارية شيء من القيمة، احتمالان، بل قولان.

استدل الأول: بإطلاق دليل العارية.

والثاني: بأن معنى العارية رد العين بعد الانتفاع بها، ومع حصول التلف لا يمكن رد العين.

والظاهر أن عارية العين لا تشمل إلى حد التلف، نعم قد يجيز المالك إلى حد التلف فيكون من انضمام الإباحة إلى العارية، وذلك لا مانع فيه، وذلك كما إذا قال له: أعرتك الكتاب وأجزت لك أن تستعمله إلى حد التلف، أو ما أشبه ذلك.

(الخامس): مقتضى القاعدة أن إرث ورثة المستعير للعارية يتوقف على كون العارية مطلقةً أو خاصة، ولو شك اقتصر على المورث لأصالة عدم جواز تصرف الوارث فيها، ولو كانت مطلقة ففي كيفية الإرث أيضاً يتبع قدر إعارة المعير، فقد يكون الإرث بتساوي الذكر والأنثى، وقد يكون بالتفاضل، وهذا ليس من الإرث حقيقة كما هو واضح.

(السادس): قال المحقق القمي: إذا مات زيد عن بنت وابنتين وله دور، فسألت البنت إخوانها أن يسكنوها في دار معينة من تلك الدور فأجابوها وقالوا إنه من مال أبينا وأبيك فاسكنى فيها، وقالت البنت لزوجها عمرو: هذه الدار لنسكن فيها فإن إخواني أجازوا لي سكونها، فعمّرها الزوج وصرف في عمارتها مالاً كثيراً، فلما عمرت الدار ندم الإخوان ومنعوها عن السكنى ولم تزاحمهم أختهم في ذلك، فكيف حال الزوج والمال الذي صرف فيها والعمل الذي عمل فيها.

ثم أجاب: إن هذه الإجازة من الإخوان لأختهم من باب العارية في قدر حصتهم، لجواز إعارة المشاع وكفاية مطلق اللفظ الدال على العارية، لكونها من العقود الجائزة، فيكفي فيها لفظ اسكني فيها، بل وقد يكفي الفعل الدال على الإيجاب، بل ربما قيل بكفاية حسن الظن بالتصديق بالانتفاع بماله في تحقق العارية، كما ذهب إليه العلامة في التذكرة وجماعة.

والظاهر أن مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال في تحققها، يعني أن هذا إذن في الانتفاع، وأما أن المعتبر في شاهد الحال هل هو القطع أو يكفي الظن، فهو كلام آخر، والأحوط فيه اعتبار القطع، وليس المراد أن آية سورة النور تدل

على ذلك بمفهوم الموافقة، إذ الانتفاع بالعين مع بقائها بحالها أسهل من أكلها وإتلافها، وعلى هذا فلا يتعدى مما ذكر في الآية من الأرحام وغيرهم، كما ظنه الشهيد الثاني في الروضة، وذكروا من جملة ما دل عليه شاهد الحال جواز الأكل من الهدايا في ظروفها، فكان ذلك من باب المعاطاة في العارية، وبالجملة لا ينبغي الإشكال في كون قول الإخوان لأختهم اسكني في الدار من باب العارية وتحققها به.

ثم إن العارية لأحد يدل على جواز انتفاع أهله وعياله والضيف ونحو ذلك، فالعارية لأختهم تدل على إباحة انتفاع زوجها أيضاً بالسكنى، ولكن الظاهر أن المستعير هذا إنما هو الأخت لا الزوج حتى يتفرع عليه أحكام العارية في حقه.

والظاهر أنّها داخلة في أمر الزوج بالعمل المقتضي لكون الأجرة على الزوجة إذا لم يكن تبرع من الزوج فيجب على الزوجة أجرته، فإنه إمّا من باب الجعالة أو الإجارة المعلومة أجرتها بالعادة، كما أشار إليه المحقق الأردبيلي، أو الإجارة الفاسدة المستلزمة لثبوت أجرة المثل، ولا يضر في ذلك كون الزوج عالماً بكون استحقاق الزوجة لذلك من باب الإعارة الجائزة حتى يقال: إنه أقدم على تفويت ماله لعلمه بأن للأخوة الرجوع، لأنه لم يقدم حينئذ على تفويت ماله مجاناً، بل إنما أقدم عليه لعوض هو إما سكناه فيه أو ذلك مع الإسكان الواجب عليه لزوجته، وأما الغرامة التي تأخذها الزوجة على فرض رجوع الأخوة عن الإعارة للبناء والعمارة المستلزمة لخرج المال فيه وتستحقها على الإخوة، فإن ما يأخذها الزوج منهم في عوض العمل، والمفروض أن العمل من الزوج بأمرها

المبتني على العوض لا مجاناً، فإبراء الزوجة إخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج فعليها الغرامة.

أقول: إذا أمرت الزوجة زوجها بالعمل والصرف بدون علم الزوج بأنّها قابلة للاسترجاع فلا إشكال في ضمانها للعمل والصرف، إذ المتعارف في مثل هذه الموارد أن الزوج إنما يصرف لا مجاناً.

نعم إذا كان الزوج صرف وعمل تبرعاً بدون توقع الأجرة والعوض إذا فاته السكنى لم يكن له شيء، وإن كان مع علم الزوج ففي غرامة الزوجة احتمالان:

الأول: ما ذكره المحقق القمي في كلامه المتقدم.

والثاني: عدم الغرامة، لأن الضرر توجه إلى الزوج من نفسه، حيث إنه أقدم على البناء في مكان قابل للاسترجاع، فليس قول المحقق لم يقدم على تفويت ماله مطلقاً، بل خاص بهذه الصورة أي صورة عدم إقدامه مع التزام الزوجة بذلك.

ولو شك في أي الأمرين فلا حق له في الرجوع عليها.

(السابع): لو استعار الفحل للضراب فأخطأ مما أفرغ في خارج الموضع فهل يجوز تكراره، الظاهر أنه تابع لقصد المعير، ولو شك في قصده فالأصل عدم الجواز، هذا فيما إذا لم يكن ظاهر يؤيد هذا الطرف أو ذاك الطرف، وإلا فالظاهر هو المتبع.

(الثامن): كما يصح إعارة الإنسان نفسه كذلك يصح إعارة الأب والجد الصغيرَ لولايتهما عليه فيما إذا لم تكن مفسدة، فتشمله إطلاقات العارية، نعم لا تصح إعارة غير الولي، فإذا أعار لم تكن من العارية الفاسدة، بل هو مثل إعارة الغاصب.

وفي رواية وهب، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً (عليهم الصلاة والسلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار

حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»[1].

وقد حمله الشيخ على من استعار بغير إذن المالك، وجوز حمله على من فرط، وعلى من شرط عليه الضمان، وذلك لإطلاق أدلة عدم الضمان في العارية، ولعل السر أن الغالب أن المستعير لا يهتم بالعبد والصغير فيكون ممن فرط فيهما.

والظاهر أن القيّم الشرعي والوصي والحاكم ووكيله في حكم الأب والجد بالنسبة إلى الصغير.

وكذلك الحال بالنسبة إلى اعارة المجنون.

(التاسع): لا يبعد كراهة إعارة الخائن، فعن الجعفريات بسند الأئمة (عليهم السلام) إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ما أبالي ائتمنت خائناً أو مضيعاً»[2].

وعن الشيخ المفيد في الاختصاص، عن أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبيد الله كذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخيانةً إذا ائتمن ثم ائتمنه على أمانة كان حقاً على الله أن يبتلى فيها ثم لا يخلف عليه ولا يؤجر»[3].

وروى الآمدي في الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، أنه قال: «ثلاثة مهلكة: الجرأة على السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم»[4].

وقال (عليه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٨ الباب ١ من كتاب العارية ح١١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ الباب ٧ من أبواب الوديعة ح١.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ من أبواب الوديعة ح٢.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ من أبواب الوديعة ح٣.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠٦ من أبواب الوديعة ح٣.

(العاشر) لو أعار الصبي شيئاً فأتلفه فهل هو ضامن، احتمالان، من حديث رفع القلم[1] الشامل للوضعيات أيضاً إلاّ ما خرج بالدليل قطعاً، ومن أن الضمان حكم وضعي كالنجاسة والطهارة وما أشبه فلا فرق بين البالغ وغير البالغ، وهذا أقرب.

ويؤيد عدم الضمان ما رواه دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعة فأتلفها فلا ضمان عليه».

نعم لا ينبغي الإشكال في عدم ضمان الصبي غير المميز، وكذلك المجنون، بل من الواضح أنه لا تتحقق العارية معهما.

(الحادي عشر): الظاهر صحة الإعارة والاستعارة بالنسبة إلى من لهم شخصية حقوقية، كالهيئة والجماعة والصندوق وما أشبه، لشمول الأدلة بعد كونها عارية عقلائية، ومع تحقق الموضوع يشمله الحكم، والقول بالانصراف إلى الفرد قد ذكرنا ما فيه في كتاب الحج وغيره، فإن الانصراف لو قيل به فهو بدوي.

(الثاني عشر): الظاهر صحة إعارة كافر لكافر الخمر أو الخنزير، وكذلك إعارة المخالف لمثله النبيذ، كما تقدم ذلك في مسألة إعارة الطعام، أما إذا كان أحد الطرفين ممن لا يستحل فلا يجوز، بمعنى بطلان مثل هذه العارية.

نعم إعارة المسلم للمسلم أو الكافر للمسلم أو بالعكس الخنزير لا لأجل الأكل، بل لأجل المنافع المحللة كإدارة الطاحونة ونحوها جائز، إذ لا دليل على المنع فيشمله إطلاق أدلة العارية.

ومنه يظهر صحة إعارة الكلب لمثل ذلك وللحراسة والصيد وما أشبه، أما الحيوانات غير النجسة أمثال القرد وما أشبه فإعارتها أوضح.

(١) الوسائل: ج١١ ص٢٩٥ من أبواب جهاد النفس ح١، والخصال: ص١٧٥ ح٢٣٣.

(الثالث عشر): إعارة الحلال لمن يريد فعل الحرام معه إن كان على نحو الداعي صحت العارية، وإن كان على نحو مصب العقد بطل، نعم في الداعي يحرم العمل وإن لم تكن العارية باطلة لأنه من الإعانة على الإثم، كما إذا أعار سيفه لقتل مسلم، أو دابته لذهاب المستعير إلى المخمر أو المقمر أو المبغى أو ما أشبه، وصدق الإعانة وعدم الصدق عرفي، وقد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) كلاماً حول الموضوع في مسألة بيع التمر لمن يصنعه خمراً، فإن المقام من ذلك الباب.

(الرابع عشر): لو أعار شريكان المال المشاع وشرط أحدهما الضمان دون الآخر، فتلف بعضه ضمن المستعير بقدر حصة المشترط دون غيره، ولو انعكس بأن أعار إنسان ماله لنفرين على النحو المشاع وشرط على أحدهما الضمان دون غيره، فإذا كان التلف من الضامن ضمن، وإذا كان من غيره لم يضمن، واذا جهل أن التلف من أيهما كان مقتضى قاعدة العدل أن نصف التلف على الضامن.

(الخامس عشر): اختُلف في عارية المملوكة لوطيها، لكن في روايتين عدم الجواز.

فعن دعائم الإسلام، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) كما في مستدرك الوسائل، أنه سئل عن عارية الفروج كالرجل يبيح للرجل وطي أمته، أو المرأة تبيح لزوجها أو لغيره وطي أمتها من غير نكاح ولا ملك يمين، قال جعفر بن محمد (عليهما السلام): «عارية الفروج هو زنا، وأنا أبرؤ إلى الله ممن يفعله»[1].

وعن أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، بسنده إلى أبي العباس، قلت: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: أصلحك الله ما تقول في عارية

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٩٨ الباب ٢٤ من أبواب النكاح ح٢.

الفرج؟ قال: «حرام»[1].

ولعل هناك فرقاً بين العارية والتحليل، أو أن الروايتين تحمل على التقية أو ما أشبه ذلك، أما عارية الحرة فلا تجوز بالضرورة.

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام)، في حديث المدبرة التي انعتق نصفها، قال: «إن الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله»[2].

ومنه يعلم الكلام في إعارة الأمة لغير الوطي مما لا يحل كالقبلة ونحوها، أما إعارة الحرة نفسها لذلك، كإعارة ولي الطفلة أو الطفل لهما لذلك فلا شبهة في حرمته، والله سبحانه العالم.

هذا آخر ما أردنا ايراده في كتاب العارية، والله المسؤول أن يتقبله بقبول حسن، وأن يجعله مورداً للفائدة، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

وقد انتهى الكتاب في يوم الخميس الثاني والعشرين من شهر محرم، سنة ألف وأربعمائة وخمسة من الهجرة، بيد مؤلفه:

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

قم المقدسة

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٣٦ الباب ٢٤ من أبواب النكاح ح١.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص٥٤٥ و٥٤٦ الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح١.

المحتويات

كتاب الوديعة

٧ ـ ٢٠٢

كتاب العارية

٢٠٣ ـ ٣٥٣